This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

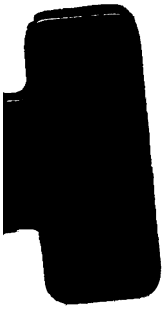
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

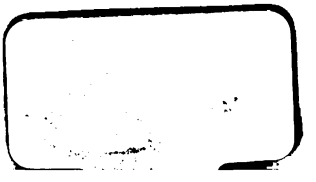
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



L. Rom. C. 28 e. Property 3

Roman
635
K 51



Die Grundlagen

des

römischen Besitzrechts.

Von

W. Kindel,
Landrichter zu Halle a./S.

Berlin, 1883.
Verlag von Franz Vahlen.
Mohrenstraße 13/14.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.
Mohrenstraße 13/14.

Früher erschien:

Meischeider. — Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme. Von E. Meischeider, Königl. Preußischem Appellationsgerichts-Rath in Celle. 1876. XI u. 484 S. gr. 8°. Preis: Geh. M. 10,—.

Neuer Verlag aus dem Jahre 1883.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Redigirt und herausgegeben von Rassow, Reichsgerichtsrath und Küntzel, Kammergerichtsrath. III. Folge. VII. Jahrgang (1883). Heft 1—5 pro 1—6. Subskriptionspreis M. 14 — (nach vollständigem Erscheinen M. 16,—).

CICERO. — M. TVLLII CICERONIS DE LEGIBVS LIBRI EX RECOGNITIONE IOHANNIS VAHLENI ITERVM EDITI. 1883. XXIV u. 208 S. gr. 8°. Geh. 4 Mark.

Daubenspeck. — Die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden. Ein Beitrag zur Lehre vom Schiedsvertrag von Daubenspeck, Oberlandesgerichtsrath. 1883. 148 S. 8°. Geh. M. 2,—.

Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen. Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. Heft XIV. mit einem die früheren Hefte umfassenden alphabetischen Sachregister. 1882. Cartonnirt M. 2,—.

Hetzer. — Deutsche Auslieferungsverträge. Zusammenstellung der vom Deutschen Reiche, dem Norddeutschen Bunde und von einzelnen Deutschen Staaten mit auswärtigen Staaten abgeschlossenen noch in Kraft befindlichen Auslieferungsverträge nebst den dazu ergangenen Deutschen und Preußischen Ausführungsbestimmungen. Mit vergleichenden Uebersichten und Erörterungen zum praktischen Gebrauch bearbeitet von G. Hetzer, Landgerichtsrath in Göttingen. 1883. 320 S. 8°. Geh. M. 6,—.

Jacobi. — Wahrheitsermittelung im Strafverfahren und Entschädigung unschuldig Verfolgter. Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Januar 1883 von Dr. L. Jacobi, Rechtsanwalt in Berlin. 1883. 32 S. Geh. M. 0,75.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen herausgegeben von Reinhold Johow, Geh. Oberjustizrath ꝛc., und Oskar Küntzel, Landgerichtsrath. 1883. Dritter Band. VIII u. 400 S. gr. 8°. Geh. M. 5,—. Geb. M. 6,20.

Die Grundlagen

des

römischen Besitzrechts.

Von

W. Kindel,
Landrichter zu Halle a./S.

Berlin, 1883.
Verlag von Franz Vahlen.
Mohrenstraße 13/14.

I.

Der Verfasser hat eine Reihe von Aufsätzen über den Besitz in den Gruchot'schen Beiträgen veröffentlicht. Die dadurch gegebene Zersplitterung des Stoffes ist als störend empfunden worden. Da nun auch verschiedene Ausführungen einer nochmaligen gründlichen Prüfung zu unterziehen waren, hat der Verfasser sich entschlossen, die einzelnen Aufsätze zusammenzustellen und in materieller Beziehung der Berichtigung zu unterziehen. Er hofft auch denjenigen, welche die früheren Erörterungen kennen, manches Neue zu bieten. Neu hinzugekommen ist die Lehre vom Rechtsbesitze.

Naumburg, im August 1883.

II. Einleitung.

Die nachfolgenden Betrachtungen sollen den Strömungen in der modernen Besitzliteratur entgegentreten, welche die römische Besitztheorie als eine im hohen Grade unvollkommene darzustellen sich bemühen. Es soll gezeigt werden, daß das Besitzrecht der Römer vollständig logisch durchgebildet ist, und daß die Zerfahrenheit der modernen Wissenschaft ihren Untergrund weniger in den wirklichen Mängeln desselben als in dem mangelnden Verständniß findet. Durch diese Tendenz wurde der Verfasser dazu gedrängt, die Grundbegriffe neu zu formuliren. Es dürfte sich daher empfehlen, zur Erleichterung des Verständnisses die grundlegenden Gedanken der Betrachtungen in Kürze zusammenzufassen:

Recht und Thatsache können zusammenfallen. Dieselben Personen, welche in dem Grundstücke sind, die Gewahrsam der Mobilie haben, und auf die Sache körperlich einwirken, haben auch das Recht an der Sache. Recht und Thatsache können aber auch auseinanderfallen. Personen sind in einem Grundstücke, haben die Gewahrsam einer Mobilie und wirken auf die Sache ein, trotzdem sie dieselbe nach Rechtsbestimmungen herausgeben müssen. Es giebt also Besitz mit definitivem Rechte und ohne dasselbe.

An sich wäre nun das bloße Sein in einem Grundstücke, die bloße Gewahrsam einer Mobilie, und das bloße Einwirken auf die Sache eine reine Thatsache, aber es fragt sich, ob sie nicht der Gesetzgeber den eigenmächtigen Angriffen selbst des Berechtigten gegenüber mit einigen Garantien umgeben soll. Dazu hat er sich im Interesse der Rechtsordnung entschlossen und mußte es thun. Selbst der körperliche Besitzer, der schließlich durch den Richter gezwungen wird, herauszugeben, hat je nach den Umständen und dem Erwerbsakte das Recht, die Gewalt abzuwehren, das interdictum uti possid. und andere Rechtsgarantien. Er hat ein unvollkommen geschütztes Recht, das nur vorläufig aufrecht erhalten wird, und der sonstigen Rechtsgarantien entbehrt. Hiernach giebt es eine dreifache Art von Besitz:

a) bloß körperlicher Besitz, der für das Recht ohne Bedeutung ist,
b) Besitz, der mit einigen Rechtsgarantien ausgestattet ist und daher als unvollkommenes Recht in Betracht kommt,
c) Besitz, der mit allen Rechtsgarantien ausgestattet ist.

Diejenigen Rechte nun, welche mit dem Besitze zusammenfallen, mögen sie vollkommene oder unvollkommene Rechte sein, sind unmittelbare Rechte an Sachen. Ihnen stehen die Rechte derjenigen entgegen, welche die Sache von dem Besitzer zurückfordern oder fordern können, die mittelbaren Rechte an Sachen. Gleichwie aber der Besitz nur unvollkommen und vorläufig geschützt zu werden braucht, so kann man auch einen Nichtbesitzer unter besonderen Umständen berechtigen, eine Sache vorläufig zurückzufordern, oder zu fordern, trotzdem er sie später herausgeben muß. Das vorläufige Recht ist also ein Recht zu behalten, zurückzufordern, zu fordern bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits, es ist, worauf wir besonders der Meinung gegenüber Gewicht legen, welche Interdiktenrecht und Besitzrecht gleichstellt, nicht mit dem Besitze identisch. Definitives Recht nennen wir dasjenige, aus welchem der Rechtsstreit zwischen zwei Parteien endgültig entschieden wird. Das vorläufige Recht ermöglicht nur eine interimistische Entscheidung, das definitive eine endgültige. Aber da auch das definitive Recht nur zwischen zwei Parteien gesprochen wird, kann es relativ oder absolut sein, je nachdem der Sieger im Prozesse nur gegenüber dem Gegner behalten darf, oder gegenüber allen Menschen. Hiernach giebt es ein definitives aber relatives Recht zu behalten, zurückzufordern, zu fordern, das Recht gegen eine bestimmte Person, das gegen eine andere Person

nicht wirkt. Insbesondere ist das vorläufige, und definitive aber relative Rückforderungsrecht scharf zu scheiden, aus dem einen wird nur ein interimistischer Rechtszustand zwischen den Parteien, aus dem anderen ein endgültiger geschaffen. Gerade die Vermischung beider Begriffe ist auf dem Gebiete der possessorischen Klage die Quelle der größten Unklarheiten geworden.

Hiernach ist den mittelbaren Rechten gegenüber der Besitz im Rechtssinne ein unmittelbares Recht an der Sache. Er gewährt die Möglichkeit der körperlichen Herrschaft, die Möglichkeit in dem Grundstücke zu sein, die Gewahrsam der Mobilie zu haben, auf die Sache einzuwirken, und die Einwirkungen abzuwehren. Die Rechtsgarantien steigern sich nach dem Erwerbsakte, und mit demselben wird der Besitz immer vollkommener. Zunächst besteht die Garantie nur in dem Schutze gegen die Gewalt, dann wird dem Besitzer das vorläufige Recht des interdictum uti possidetis selbst gegenüber dem Eigenthümer gegeben, er wird geschützt gegen die Unberechtigten, und ist der Erwerbsakt vollkommen, so erfreut er sich des vollen Schutzes der Gesetze.

Aber auch darin liegt eine Rechtsgarantie des Besitzes, daß seine Verletzung Schadensersatz- und Rückforderungsklagen erzeugt. Die Rückforderungsklage ist nur eine vorläufige, wenn dem Beklagten die Ausführung des definitiven Rechts vorbehalten bleibt, sie kann ihrer Natur nach nur in bestimmten Fällen gegeben werden. Die Rückforderungsklage ist eine definitive, wenn das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien endgültig festgestellt wird. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Sieger gegen Jeden berechtigt sei, und so scheiden sich nach der Natur des zu Grunde liegenden materiellen Rechts die relativen und absoluten Rückforderungsklagen. Der Verfasser hat sich bemüht, die Natur der einzelnen Rückforderungsklagen möglichst klar darzulegen, und die Verwirrung zu vermeiden, welche in dem Worte „possessorische Klage" gegeben ist.

Die Forderungsrechte, mögen sie nun als vorläufig oder endgültig wirkende Rechtsmittel gegeben werden, sind nicht als Schutzmittel des Besitzes aufgefaßt, weil sie den Besitz erst verschaffen sollen.

Aus den Ausführungen wird auch der Unterschied und die Aehnlichkeit zwischen Besitz und Eigenthum klar erhellen. Besitz ist die unvollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft. Eigenthum ist

dieſelbe mit allen Rechtsgarantien ausgeſtattete Möglichkeit. Nur die Erkenntniß dieſes gegenſeitigen Verhältniſſes kann zu einer richtigen Lehre vom Erwerbe und Verluſte des Beſitzes führen. Zu Grunde zu legen ſind ſämmtliche Erwerbsakte des Eigenthums, als des vollkommen geſchützten Rechts körperlicher Herrſchaft. Für den Beſitzerwerb werden aus demſelben nur zwei Momente entnommen, das corpus und der animus, ſelbſtverſtändlich nur ſoweit ſie in ihm enthalten ſind. Unter corpus iſt aber zu verſtehen das ſich äußerlich vollziehende Ereigniß, der erſte Akt der körperlichen Einwirkung, und auf dem Gebiete des Mobiliarſachenrechts die Erlangung der custodia. Der Beſitzwille iſt lediglich der auf die vollſtändige körperliche Herrſchaft gerichtete Wille. Eigenthums- und Beſitzerwerb durch constitutum werden als Ausnahme von der Regel aufgefaßt und dahin konſtruirt, daß durch die Willenserklärung das fremde corpus dem neuen Beſitzer dienſtbar gemacht wird. Demſelben allgemeinen Geſichtspunkte wird auch der Beſitzerwerb durch Stellvertreter untergeordnet.

Auch verloren wird der Beſitz, wie die vollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrſchaft, nur genügt für ihn ſchon der Umſtand, daß die beiden Momente corpus und animus in ihr Gegentheil umſchlagen. Daher gehen durch Ereigniſſe Beſitz und Eigenthum in gleicher Weiſe unter, es genügt aber nicht das bloße Verlaſſen des Grundſtücks, der bloße Verluſt der custodia (das corpus), es muß der Wille hinzukommen, den Beſitz aufzugeben. Dagegen iſt in dem Beſitzerwerbe durch einen Dritten, da in ſeiner Perſon ſich corpus und animus vereinigen, das Umſchlagen beider Erwerbsmomente zu erblicken. In dieſer Weiſe wird der Verſuch gemacht, das Vernunftgemäße der l. 115 D. de R. J. nachzuweiſen.

Auch der Begriff des Rechtsbeſitzes iſt einer neuen Formulirung unterworfen. Der körperliche Beſitz iſt die irgendwie garantirte Möglichkeit, dauernd und ausſchließlich in dem Grundſtücke zu ſein, die Gewahrſam der Sache zu haben und Beſitzhandlungen vorzunehmen. Der Rechtsbeſitzer hat überhaupt keinen Anſpruch auf das corpus, auf das Recht, dauernd und ausſchließlich in dem Grundſtücke zu ſein, ſondern nur die Befugniß zu vorübergehenden Handlungen körperlicher Herrſchaft. Hieraus werden die Eigenthümlichkeiten des Rechtsbeſitzes entwickelt.

Inhaltsverzeichniß.

		Seite
§ 1.	Begriff des Besitzes	1
§ 2.	Arten des Besitzes nach dem Umfange des Rechts	20
§ 3.	Begriff des Rechtsbesitzes	29
§ 4.	Rechtliche Natur des Besitzes	36
§ 4a.	Arten des Besitzes nach der Qualität des Rechts	46
§ 5.	Das Recht aus der Eintragung	53
§ 6.	Inhalt des Besitzrechtes und die mit ihm verbundenen Rechtsgarantien und Rechtsfolgen	59
§ 7.	Schutzmittel des Besitzes (Rückforderungsrechte)	85
§ 8.	Schutzmittel des Besitzes (Pönal- und Schadensersatzklagen)	134
§ 9.	Die charakteristischen Merkmale und Unterschiede des interdictum uti possidetis und des interdictum unde vi	157
§ 10.	Grund der Anerkennung des Besitzes	187
§ 11.	Erwerb des Besitzes	201
§ 12.	Erwerb der rechtlichen Garantien des Besitzes und Wirkungen des Besitzerwerbes	248
§ 13.	Fortdauer des Sachenbesitzes	255
§ 14.	Verlust des Sachenbesitzes	259
§ 15.	Verlust der rechtlichen Garantien des Besitzes und Wirkungen des Besitzverlustes	291
§ 16.	Subjekte des Besitzes	297
§ 17.	Objekte des Sachenbesitzes	308
§ 18.	Bedeutung der causa des Besitzes	313
§ 19.	Sukzession in den Besitz	318
§ 20.	Ausschließlichkeit des Besitzes	337
§ 21.	Mitbesitz	342
§ 22.	Besitz an Theilen einer Sache	347
§ 23.	Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter	356
§ 24.	Besitzerwerb seitens der Stellvertreter	402
§ 25.	Objekt und Ausdehnung der unvollständigen Besitzrechte	407
§ 26.	Die wirklichen aber beschränkten oder unvollständigen Besitzrechte	417
§ 27.	Der Besitz der affirmativen Rustikalservituten	433
§ 28.	Besitz der negativen Servitutrechte	450
§ 29.	Der Rechtsbesitz der superfiziarischen Servitut	455
§ 30.	Die unrichtigen Uebertragungen des Besitzbegriffes	459

§ 1. Begriff des Besitzes.[1])

Savigny und seine Anhänger fassen den Besitz nicht als Recht, sondern als Faktum auf. Derselbe wird daher nicht als Recht definirt, sondern nach seinen angeblichen thatsächlichen Voraussetzungen bestimmt.

Randa § 1 S. 1:

Im Begriffe des Besitzes liegen zwei Momente:

1) das Moment der thatsächlichen Herrschaft über die Sache,
2) der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln.

Savigny § 9 S. 121:

Besitz ist Detention, verbunden mit animus possidendi.

Die gegebene Begriffsbestimmung ist zunächst so unbestimmt und praktisch undurchführbar, daß sie von ihren eigenen Urhebern ohne Beimischung eines rechtlichen Moments nicht aufrecht erhalten werden kann. Auch von Randa wird zugegeben, daß die gedachten Momente den Begriff des Besitzes, soweit er im Rechte von Bedeutung ist, nicht, wenigstens nicht immer treffen. Die thatsächliche Herrschaft soll nicht wirkliche physische Herrschaft sein, sondern man soll darunter nur die Möglichkeit faktischer Disposition zu verstehen haben, welche nach einmaliger Unterwerfung der Sache trotz unserer Entfernung von derselben soweit reicht, als man unseren Herrschaftswillen respektirt (R. Not. 2 a). Respektirt braucht aber unser Wille nur soweit zu werden, als die Gesellschaft und das von ihr geschaffene Recht ihn anerkennt, mag dies auch nur in unvollkommener Weise geschehen. Damit hat jedoch der Begriff

---

[1]) Den nachfolgenden Betrachtungen sind zu Grunde gelegt:

a) Randa, der Besitz nach österreichischem Rechte, 3. Aufl., Leipzig 1879;
b) v. Jhering: Ueber den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz, 1869.

Es wird beabsichtigt, unter kritischer Vergleichung der beiden verschiedenen Besitztheorien, von denen die eine ihren Ausgangspunkt von Savigny nimmt (weshalb auf diesen meistens zurückgegangen wird), die andere ihren geistreichsten Vertreter in Jhering findet, zur Erkenntniß des Richtigen zu gelangen, das in ihnen enthalten ist, zugleich aber im engsten Anschlusse an das Pandektenrecht auch für das moderne Recht brauchbare Begriffe zu gewinnen.

des Besitzes den Boden des Thatsächlichen im Wesentlichen verlassen, in der Anerkennung von Seiten des Rechts liegt auch der Begriff des Rechts.

Ihering S. 182:

> Diese Möglichkeit, soweit sie existirt, beruht nicht auf dem physischen, sondern auf dem rechtlichen und moralischen Element des Besitzes.

Savigny § 5 S. 45:

> Es giebt Fälle, in welchen es nöthig ist, die Rechte des Besitzes zu gestatten, wo jenes Faktum nicht ist, oder zu versagen, wo es sich findet. In allen diesen Fällen ist es nicht bloß, wie in den übrigen, die Wirkung, was den Besitz zu einem Rechtsverhältniß macht, sondern der Besitz selbst, als die Bedingung jener Wirkung, erhält hier juristische Bestimmungen.[1a])

Windscheid Pandekten § 150 S. 411:

> Der Besitz wird aus juristischen Gründen als vorhanden oder nicht vorhanden in Widerspruch mit der Wirklichkeit angenommen.[2])

Auch läßt sich nicht verkennen, daß der Besitzbegriff nach der faktischen Möglichkeit der Disposition oder beliebigen Reproduktion[2a]) praktisch nicht bestimmt werden kann. Wenn man mit der Axt durch den Wald geht, kann man die Bäume abhauen. Wenn ich vor einem fremden Grundstücke stehe, und mich Niemand verhindert, über dasselbe zu gehen, die Ernte abzuschneiden u. s. w., habe ich wenigstens die Möglichkeit der faktischen Herrschaft. Daß mir, auch wenn ich die Absicht hätte, es zu thun, kein Besitz und die aus ihm resultirenden Vortheile zugesprochen werden, folgt lediglich aus rechtlichen Erwägungen, die nur unter bestimmten Bedingungen Besitzesschutz und die übrigen Vortheile aus dem Besitze zulassen.

Umgekehrt können wir über eine verlegte Mobilie die faktische Herrschaft nicht in jedem Augenblicke reproduziren, wie auch Donellus V.

[1a]) Ganz ähnlich Cuperi de naturali et civili poss. animadversiones P. I. cap. 5.

[2]) Wir stellen diesen Aussprüchen moderner Schriftsteller die der Glossatoren und des Mittelalters über die possessio civilis gegenüber:

Azo: possessio civilis, quia juris civilis auctoritate retinetur; — civiliter autem dicitur possidere quis, cum nec est in re nec res est in conspectu.

Barth. Socinus ad l. 3 § 5 de poss: civiliter possidens fingitur esse in re.

Duarenus Disp. lib. I. cap. 18: possessor civilis, qui quamvis rei non insistat, civilis juris interpretatione eam tenere ac possidere intelligitur.

[2a]) Cosak, Der Besitz des Erben, Weimar 1877, verwandelt sogar den Windscheid'schen Begriff beliebiger Reproduzibilität in den Begriff einfacher Produzibilität. Damit hat sicher der Besitzbegriff jeden festen Halt verloren.

§ 19 zugesteht. Eine Erklärung, weshalb wir gemäß l. 3 § 13 D. de poss. trotzdem besitzen, findet sich bei Savigny nicht. Donellus meint, man könne sich ja Mühe geben, die Sache wieder zu finden, und fährt dann fort:

> quod perinde haberi debet, quasi jam nunc res esset in potestate, cum hanc facultatem nancisci possimus cum voluerimus, hanc ipsam diligentiam adhiberi.

Schließlich wird also schon dem Besitz zuzusprechen sein, der sich bloß Mühe giebt, die faktische Herrschaft zu erlangen.

Randa sagt nun freilich, in Folge der Aufnahme als Rechtsinstitut und der rechtlichen Verarbeitung des Besitzes werde die ursprünglich rein faktische Natur des Besitzes theils aus Gründen des Rechts, theils im Interesse des Verkehrs vielfach modifizirt (S. 3). Aber damit ist zugestanden, daß der gegebene Begriff auf den vom Rechte anerkannten Besitz nicht paßt; und doch hat nur der letztere juristische Bedeutung, wie nach Seite 7 nur von dem Besitze in jener Gestaltung, welche ihm das Recht gegeben, die Rede sein soll. Es ist wohl nicht einmal richtig, daß wenigstens in der Regel der Besitzer die thatsächliche Herrschaft über die Sache hat. Niemand trägt seine Sachen oder seine Grundstücke mit sich herum, und es ist jedem Besitzer unmöglich, die natürliche Herrschaft in jedem Augenblicke zu reproduziren, trotzdem er dennoch besitzt, wenn er auch Tausende von Meilen von der besessenen Sache entfernt ist. Daher gesteht selbst Randa § 22 S. 485:

> Zur Fortdauer des Besitzes ist es .... nicht erforderlich, daß der Besitzer sich des Willens, die Sache zu beherrschen, fortdauernd bewußt sei (was schon eine psychologische Unmöglichkeit wäre) und die Inhabung unausgesetzt fortsetze (was physisch und wirthschaftlich undurchführbar erschiene).

Ihering aber wirft der herrschenden Theorie offen den Fehdehandschuh hin:

> Es ist eine physische Herrschaft, der die Hasen, die auf meinem Felde von meinem Kohl fressen, und die Kinder, die in meinem Heuhaufen spielen, spotten. Es ist eine physische Herrschaft ohne alle physische Realität — ein theoretisches Schattenspiel an der Wand (S. 182).

Nur auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes kann man sich etwas dem Savigny'chen Begriffe der Möglichkeit faktischer Herrschaft Aehnliches vorstellen, die cutsodia, das Befinden in dem Herrschaftskreise,

welchen der Mensch nach den Regeln des gewöhnlichen Lebens zu beherrschen pflegt.[2b])

Ferner sind die beiden angeblichen Requisite des Besitzes keine Requisite des Besitzes selbst, sondern des Besitzerwerbes. Die Theorie, daß der Besitz aus corpus und animus besteht, ist auch um deshalb unrichtig, weil ein Besitz a) ohne corpus, b) ohne animus, c) ohne corpus und animus denkbar ist, und d) trotz vorhandenen corpus und animus Besitz nicht angenommen zu werden braucht.

a) Die Auffassung der Römer ist es aber überhaupt nicht, daß wir nur corpore besitzen können, im Gegentheil ist die Meinung der dies annehmenden Schule ausdrücklich reprobirt. Gaius IV. § 153:

> quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, quod nostrorum praeceptorum sententia est. Diversae autem scholae auctoribus contrarium placet, ut animo solo, quamvis voluerimus ad rem reverti, tamen retinere possessionem non videamur.

Inst. IV. 15 § 5:

> quin etiam animo quoque retineri possessionem placet,

l. 3 § 10 D. de poss.:

> et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus, § 11: animo possidemus, § 8: animo retinebo possessionem,

l. 30 § 5 eodem: retinere enim animo possessionem possumus,

l. 46 eodem: possessio, quae solo animo tenetur,

l. 1 § 24 D. de vi 43. 16: sive autem corpore, sive animo possidens ... possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore, § 25: possessiones animo retinere,

l. 4 C. de acq. et ret. poss. 7. 32:

> licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.[2c])

[2b]) Charakteristisch ist, daß das Reichsgericht gerade den Savigny'schen Besitzbegriff zur Bestimmung der custodia verwerthet. (Entsch. in Strafsachen Bd. 2 Nr. 23, Bd. 3 Nr. 136, Bd. V Nr. 74.)

> „Der Gewahrsam .... ist aber der lediglich faktische Zustand, vermöge dessen Jemand die physische Möglichkeit besitzt, über eine Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen."

[2c]) Das Wort corpus hat allerdings eine doppelte Bedeutung; einmal bedeutet es den korporalen Akt der Besitzausübung und der Besitzaufgabe, das andere Mal das irgendwie geschützte Recht, in dem Grundstücke ausschließlich dauernd zu sein, oder die custodia der Mobilie zu haben. In den im Texte angeführten Stellen ist das Wort „corpus" in der ersten Bedeutung zu nehmen, und sind dieselben dahin wiederzugeben: Wir besitzen, trotzdem der korporale Akt des Besitzverlustes eingetreten

conf. Donellus com. V. 6. § 3:

ut satis sit, ab initio rem corpore tenere, quo possideas: quaesitam hoc modo possessionem etiam animo retinemus.

b) Ferner läßt sich nicht in Abrede stellen, daß ein Besitz ohne Willen denkbar ist. Kinder und Wahnsinnige besitzen, behalten wenigstens den erworbenen Besitz, trotzdem sie keine Empfindung von dem Besitze haben, auch dann, wenn ihnen ein Vormund nicht bestellt ist, so daß sich nicht sagen läßt, daß sie vom Vormunde im Willen vertreten werden.

Ferner besitzen wir auch ohne unser Wissen Anlandungen und Anschwemmungen an unsere Grundstücke, die durch ein Naturereigniß oder durch einen Dritten separirten Früchte, die von unseren Hausthieren geworfenen Jungen oder die von unseren Hühnern gelegten Eier, den in unserem Netze gefangenen Eber (l. 55 D. de acq. rer. dom. 41. 1), die in unserem Hause abgegebene Sache (l. 18 § 2 de poss.); endlich ist es ein ganz allgemeiner Grundsatz, daß wir durch Stellvertreter unwissend erwerben.

Inst. II. 9 § 5: sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem, l. 34 § 1 D. de poss., l. 49 § 2 eodem, l. 1 C. eodem 7. 32 [3]).

Man kann aber auch hier behaupten, daß es sogar der regelmäßige Zustand ist, daß wir ohne Bewußtsein, also auch ohne Willen besitzen. So heißt es bei Randa S. 480 Note 4:

Das fortwährende Bewußtsein eines bestimmten Willens ist eine psychologische Unmöglichkeit. [4])

---

ist, weil wir den Willen, Besitz aufzugeben, nicht gehabt haben. Dagegen kann kein vollständiger oder natürlicher Besitz gedacht werden ohne das irgendwie geschützte Recht, dauernd in dem Grundstücke zu sein, oder die custodia zu haben.

Dagegen ist der Rechtsbesitz ein Besitz ohne corpus, weil mit ihm das Recht, dauernd und ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, nicht verbunden ist.

[3]) Zu verweisen ist auch auf l. 44 § 7 D. de usurp. 41. 3, wo ein Hausſohn bloß auf Grund der Fiktion der lex Cornelia als Besitzer angesehen wird, ferner auf die l. 44 § 4 eodem, in welcher einem pater familias, der sich für einen filius familias hält, der also nicht für sich besitzen will, dennoch Besitz zugesprochen wird. — In einer viel kommentirten Stelle l. 3 C. de poss. heißt es: vacua possessio tradita corpore quaeritur, d. h. ohne Willen. Endlich ist auf die Regel hinzuweisen, daß der Pächter, Miether u. s. w. der eigenen Sache als vollständiger Besitzer angesehen wird, trotzdem er nur das corpus und den animus eines unvollständigen hat.

[4]) conf. Donellus V. cap. XIII. § 3:

quartum adiicimus etiam sine animo et affectu tenendi possessionem retineri, dum modo absit animus non possidendi, seu animus deserendae possessionis.

Denn nicht bloß dem Wahnsinnigen, auch dem verständigsten Menschen ist es nicht gegeben, stets seinen gesammten Besitzstand gleichsam im Kopfe zu führen: man denke sich nur einen großen Kaufmann,[4a]) der mit Bezug auf jede einzelne seiner Sachen wirklichen Besitzwillen hat.

c) Wenn der Pupill faktisch den Entschluß faßt, nicht zu besitzen, auch das corpus aufgiebt, bleibt er doch Besitzer, l. 11 D. de acquir. rer. dom. 41. 1:

> alienare vero nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et nequidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est,

trotzdem er dann weder corpus noch animus für sich hat.

Es ist daher weder fortdauerndes corpus, noch fortdauernder animus, am wenigsten aber die fortdauernde Verbindung derselben nothwendig, um den Besitz zu erhalten.

Des corpus und des animus bedarf es in der Regel nur zum Besitzerwerbe, l. 3 § 1 D. de poss.:

> Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.

Wie aber das Eigenthum nicht die Tradition ist, aus der es entsteht, so folgt aus der von den Römern aufgestellten Regel nicht, daß der Besitz aus corpus und animus bestehen müsse. Man sollte füglich das auseinanderhalten, was erworben wird, und wodurch es erworben wird.

d) Endlich aber wird von der herrschenden Theorie zugegeben, daß beide Momente (corpus und animus) vorhanden sein können, ohne daß Besitz anzunehmen ist. (R. S. 5.) Die außer Verkehr befindliche Sache kann ich thatsächlich haben und haben wollen, selbst dann, wenn das Gesetz gebietet, daß sie überhaupt nicht oder nicht von mir besessen werden kann. Die beschenkte Ehefrau hat das corpus und den animus des Besitzers und trotzdem besitzt sie dem schenkenden Ehemann gegenüber nicht. l. 46 D. de donat. 24. 1. Was ist das aber für ein Begriff, der sich bei jeder Anwendung als unzulänglich erweist? Absprechend ist das Urtheil Ihering's (S. 173):

> Ueberall Limitationen, Unbestimmtheiten, Widersprüche, ein beständiges dialektisches Sichdrehen und Winden, eine Kasuistik und Dialektik des Augenblicks, welche stets beweist, was gerade Noth

[4a]) Daher sind in Betreff des Besitzes von Kaufleuten an überseeischen Plätzen die wunderbarsten juristischen Konstruktionen aufgestellt. Der Besitz der Kaufleute, den sie nun einmal ohne Wissen haben, soll schwebend sein u. s. w. u. s. w. (Hauser, Stellvertretung im Besitze, und dazu Reuling, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 17 S. 327 ff.).

thut und im folgenden Momente vergessen hat, was sie eben vorher gesagt hat.

Doch läßt sich nicht behaupten, daß es ungegründet sei.

Der rechtliche Begriff des Besitzes ist ganz etwas Anderes, als die Momente des corpus und des animus, durch welche der Besitz erworben wird. Auf die Frage aber, was der aus Gründen des Rechts modifizirte Besitz sei, bleibt die herrschende Theorie und auch Randa die Antwort schuldig. Im § 3 findet sich folgende Definition:

Er ist also das zeitlich zwischen dem Besitzerwerbe und dem Besitzverluste liegende Machtverhältniß des Rechtssubjekts zur Sache.[5])

Aehnlich äußert sich auch Brinz Pand. I. S. 50, Besitz sei nicht nothwendig und überall physische Gewalt, zwischen der Entstehung und dem Untergange liege das, was der Besitz ist. Die Richtigkeit dieser Definitionen läßt sich freilich nicht bestreiten, aber sie sagen nicht, worin das Machtverhältniß des Besitzers besteht, und dokumentiren nur zur Evidenz die Unzulänglichkeit der an die Spitze gestellten Begriffsbestimmung. Die herrschende Theorie hat nicht vermocht, den Begriff des Besitzes klar hinzustellen, und kann es daher nichts helfen, wenn versichert wird, das Besitzrecht habe nur der Besitzer. Denn verstehen wir unter Besitzer den Besitzer mit corpus und animus, so ist der Satz unrichtig, und was wir uns unter dem Besitzer im rechtlichen Sinne denken sollen, erfahren wir nicht.

Bruns wird durch den Glanz der Ihering'schen Deduktionen zu dem Geständnisse bewogen, daß die herrschende Theorie auf falschen Grundlagen beruhe, und darum zu Resultaten führe, die dem wirklichen Leben und der Praxis nicht entsprechen[5a]). Sehen wir daher zu, welche Auffassung Ihering an Stelle der Savigny'schen Lehre stellt.

Ihering nennt S. 54 den Besitz eine Eigenthumsposition, ein Vorwerk des Eigenthums, in welchem sich der Eigenthümer gegen die ersten Angriffsversuche auf sein Recht vertheidigt, er ist eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt, S. 45, und in letzterer Beziehung eine üble Zugabe, die man mit in den Kauf nehmen muß, S. 55. Die hauptsächlichsten Konsequenzen zieht aber Ihering aus seinem Begriffe

---

[5]) Sehr unbestimmt äußert sich Windscheid § 148 S. 404:

Besitz ist ein Verhältniß zur Sache, welches vom Rechte als Verwirklichung des Aneignungswillens behandelt wird.

Was ist denn dies für ein Verhältniß?

[5a]) Bruns, Besitzklagen. Weimar 1874 S. V.

des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums S. 45 (hinsichtlich des Erwerbs S. 194, hinsichtlich des Verlustes S. 209).

Allerdings ist es, damit wir das Bild von Ihering festhalten, eine recht üble Zugabe, wenn der Feind, der Nichteigenthümer, das Vorwerk nimmt und die eigenen Kanonen der Belagerten gegen die belagerte Stadt wendet, auch wollen wir zugeben, daß das Vorwerk deshalb nicht errichtet ist;[6]) was wir aber bestreiten müssen, ist, daß das Vorwerk auch in dieser Lage eine Position des Eigenthümers vorstellt. In demselben vertheidigt sich nicht mehr der Eigenthümer, sondern sein Feind, der Nichteigenthümer, und was noch viel bedenklicher ist, der Eigenthümer verliert das von Ihering geschilderte Vorpostengefecht (S. 54). Es wird S. 53 zugegeben, daß die prinzipielle Ausschließung der Eigenthumsfrage dem Besitze seinen eigenthümlichen Charakter aufdrücke, und die Richtigkeit dieser Behauptung läßt sich auch nach den bestimmten Aussprüchen der Quellen nicht in Abrede stellen:

l. 12 § 1 D. de poss. 41, 2:
nihil commune habet proprietas cum possessione,

l. 52 princ. eodem,

l. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17:
quod separata esse debet possessio a proprietate.

Der Prätor will gerade, daß der Besitzer unter bestimmten Bedingungen in dem Vorpostengefechte siege, die Natur des vorläufigen Rechts ist es gerade, daß es von anderen Bedingungen abhängig ist, als das definitive, denn sonst wären sie identisch, die üble Zugabe also, das Charaktervolle am Besitze, ist nicht eine Position des Eigenthümers, sondern des Nichteigenthümers. Was aber unter der üblen Zugabe zu verstehen ist, erfahren wir von Ihering ebenfalls nicht: sein Begriff der Eigenthumsposition deckt nicht dasjenige, was er selbst unter Besitz versteht, sondern letzterer ist nur eine Zugabe einer Eigenthumsposition.

Auch abgesehen hiervon leidet die Auffassung Iherings an einem inneren, nicht zu verhüllenden Widerspruch. Sein Besitz, also die That-

[6]) Dies Thema wird von Ihering in den verschiedensten Anwendungen variirt. S. 58: Zweck des römischen Tribunats sei nicht gewesen, den Staat in Verwirrung zu setzen, Zweck des Begnadigungsrechtes sei es nicht, die Verbrecher der verdienten Strafe zu entziehen, einer der Zwecke unserer A.D.W.O. bestehe nicht darin, Fälschungen und Entwendungen von Wechseln zu begünstigen. Man könnte noch deutlicher sich dahin ausdrücken: Zweck des Kriminalrechts sei nicht der Justizmord. Gewiß hat nicht der Prätor aus reinem Vergnügen auch denjenigen geschützt, der ein definitives Recht an der Sache nicht hatte, daß er es aber dennoch im Interesse des Rechtsstaats und der Rechtsordnung beabsichtigte, läßt sich nach den bestimmten Angaben der Quellen nicht in Abrede stellen.

sächlichkeit des Eigenthums, soll erworben werden durch die Willenserklärung, selbst der Spaziergang zum Grundstücke scheint ihm eine zwecklose Formalität, S. 195. Der Besitz, die Thatsächlichkeit des Eigenthums beruht daher allein auf dem Willen. Der Begriff einer auf dem bloßen Willen beruhenden Thatsächlichkeit ist aber ein Widerspruch in sich selbst.

Ferner wird S. 209 folg. ausgeführt, daß der Besitz mit der Thatsächlichkeit des Eigenthums aufgehoben werde. Wird man dadurch nicht unwillkürlich zu der Behauptung gedrängt, daß der durch die bloße Willenserklärung Erwerbende den Besitz in demselben Momente verliert, wo er ihn gewinnt, da er die Thatsächlichkeit des Eigenthums nicht erlangt?

Daß wir die Auffassung Ihering's nicht für römischen Ursprungs halten, brauchen wir nach den vorhergehenden Ausführungen wohl kaum besonders auszusprechen, wir wollen nur noch darauf hinweisen, daß der Besitz, von welchem die Römer ausdrücklich sagen, daß er bloß durch den Willen zurückgehalten werde, gar nicht der Ihering'schen Thatsächlichkeit des Eigenthums entsprechen kann.

Das Charakteristische der Savigny'schen Schule ist es, daß sie ihrer Begriffsbestimmung im Wesentlichen eine Definition zu Grunde legt, welche die Römer für die custodia aufgestellt haben:

l. 3 § 13 D. de poss.

> res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus;

und daß sie ferner diese Definition subjektiv auffaßt, soweit der einzelne Besitzer die Sache erlangen kann.[7]) Ihering hat darin wohl Recht, daß er den Begriff der custodia objektiv faßt, als Thatsächlichkeit des Eigenthums, normale Lage der Sache, wir würden sagen als den Herrschaftskreis, den der Mensch zu beherrschen pflegt. Beide Schulen scheinen uns

---

[7]) Savigny liest in der l. 3 § 13 cit. für „id est" „idem quatenus". Nerva soll meinen, die Fortdauer des Besitzes könne begründet werden durch custodia, und dadurch, daß der Besitzer im Stande ist, die natürliche Detention zu erlangen, wann er will. Aber die Lesart der Florentina ist außer Zweifel richtig (Rudorff No. 104), und Nerva widerspricht sich nicht, wenn man den Begriff der custodia objektiv faßt. Noch schärfer tritt die Savigny'sche Verwechslung der custodia mit dem Besitz in seiner Interpretation der l. 3 § 2, l. 5 pr. D. de acq. rer. dom. (§ 12 J. de rer. div.) hervor: Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit: nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. Er meint S. 342 Note 2, hier sei der einzige Fall, in welchem der Verlust des Besitzes zugleich den Verlust des Eigenthums zur Folge habe, während der römische Jurist sagt, im gegebenen Falle sei mit der custodia Besitz und Eigenthum verloren.

aber darin zu irren, daß sie den beschränkten Begriff der custodia zum Begriffe des Besitzes generalisiren, sie verkennen, daß das bloße Sein in einem Grundstücke, das bloße Haben einer Mobilie in der Gewahrsam durch den Hinzutritt irgend eines Willens noch nicht zum Rechtsinstitut erhoben werden kann, sondern lediglich dadurch, daß das gegebene Lebensverhältniß mit rechtlichen Garantien umgeben wird. Es liegt, worauf wir am Schlusse wieder zurückkommen müssen, eine Verkennung des rechtlichen Moments im Besitzbegriffe vor.

Trotzdem leitet Savigny das Schiff der Besitzlehre auch ohne eigentlichen Leitstern durch Klippen und Brandungen, der Kurs wechselt zwar mit jedem Hauche des Windes, aber das Scheitern verhindert die Genialität des Führers, Ihering setzt an das Steuerruder einen Ueberläufer, der das Schiff auf direktestem Wege in die feindliche Flotte führt. In das Labyrinth der possessorischen Klagen des Mittelalters, welche Savigny § 43 S. 466 für ebenso unbestimmt und willkürlich erklärt, als das alte Recht bestimmt und zusammenhängend war, hat er nun selbst das Eigenthumsrecht hineingeführt,[8]) und man könnte es auch ein literarisches Verhängniß[9a]) nennen, daß in ihm, während er das römische Recht begründen will, die mittelalterlichen Ideen kulminiren.

Die Savigny'sche Reproduktionsmöglichkeit findet sich noch in einer anderen Stelle l. 5 § 1 de acq. rer. dom. „quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus". Es wird aber übersehen, daß die Möglichkeit der physischen Herrschaft nur als Motiv angesehen wird, weshalb im gegebenen Fall Erwerb des Eigenthums und des Besitzes anzunehmen oder zu leugnen ist, ebenso wie in: l. 55 eodem (utrum ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expeditus se fuerit) die custodia nur als ein Moment für den Besitzerwerb, nicht als Besitz selbst aufgefaßt wird.

Daß Ihering die custodia mit dem Besitz verwechselt, ergeben auch seine Beispiele. S. 210 sagt er: Der Savigny'sche Besitzer kann die im Walde oder auf offenem Felde niedergelegte Werthsache getrost dort liegen lassen, nach Ihering soll aber auch der Jäger, der seine Jagdtasche im Walde absichtlich liegen läßt, den Besitz verlieren. S. 214. Wir verweisen hier nur auf l. 25 D. de poss.:

> Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

Die custodia ist freilich vorher aufgehoben, den Besitz erhält aber die Kenntniß.

[8]) Daß dieser Vorwurf nicht unbegründet sei, ergeben auch folgende Erwägungen. Nach S. 47 soll der Rechtszustand hinsichtlich des Geldes lediglich auf den Besitz gestellt sein, ein analoges Verhältniß soll hinsichtlich des Inhaberpapieres stattfinden. Kennt denn Ihering wirklich kein Eigenthum am Gelde, kein definitives Recht am Inhaberpapier? Noch weiter geht allerdings Meischeider, der in der germanistischen Regel „Hand wahre Hand" einen Rechtfertigungsgrund für den Begriff des Mobiliarbesitzes findet, als wenn nicht nach dieser Regel das definitive Recht übertragen würde.

[9a]) Worte Ihering's über Savigny.

Mit dem Motto der Resignation:

> Multae reperiuntur definitiones a doctoribus traditae, quae omnes mutuis telis corruunt (Alciatus.)

erklärt daher Meischeider den Besitz für eine Abnormität (S. 66), das Räthsel des Besitzwillens für das der Quadratur des Zirkels (S. 19), die seit Jahrtausenden geübte Praxis erscheint ihm nur begründet in den politischen und sozialen Wirren des Mittelalters (S. 193), in der neuen Grundbuchgesetzgebung sucht er die einzige Heilung der kranken Verhältnisse.

Wir glauben nicht, daß die Ausführungen Meischeider's das römische Recht treffen, auch nicht, daß sie Bezug haben können auf die geordneten Zustände des römischen Rechtsstaats, in welchem der Prätor seine Interdikte zum Schutze des Besitzes aufstellte, auch müssen wir gestehen, daß wir einer Auffassung, die so gänzlich mit der historischen Grundlage bricht, ein gewisses Mißtrauen entgegentragen. Wir können uns denken, daß Rechtsbegriffe unrichtig formulirt werden, daß namentlich die von der Praxis losgelöste Theorie zu ganz extravaganten Behauptungen gelangt, und die Praxis ihrerseits, um ein praktisches Recht zu retten, zu wunderbaren Hülfsmitteln greift — wir halten dies im Wesentlichen für den Charakter der mittelalterlichen Rechtsbildungen —; daß aber ein wirklich praktisch und von den Römern ausgeübtes Recht widersinnig sein sollte, davon werden wir uns so leicht nicht überzeugen. Wenn Meischeider in der Fortentwickelung Ihering'scher Ideen weiter ausführt, daß ein Besitzschutz ohne alle Beziehung auf das Recht zum Besitze ein juristisch nicht konstruirbares Ding sei, dessen Vorhandensein nur durch die in diesem Punkte mangelhafte Ausbildung des römischen Rechts erklärt werden könne, so ist er wohl nicht weit davon entfernt, die Bedeutung des römischen Rechts, des logischsten, was Menschen je gedacht haben, zu unterschätzen, und den richtigen Grundgedanken Savigny's zu verkennen, der im § 2[9b]) nach den Folgen fragt, welche dem Besitz an sich, abgesondert von allem Eigenthum, zugeschrieben werden können. Richtig ist ja, daß Eigenthum und Besitz zusammenfallen, will man aber den Charakter derselben in ihrer Gleichheit und Verschiedenheit erkennen, so muß man sie trennen und gegen einander halten.

[9b]) conf. auch S. 28: „in welchem Sinn hat man den Besitz vom Eigenthum abgesondert?" Dagegen meint Meischeider S. 189: „Ein Besitzschutz, der in römischrechtlicher Weise von aller Beziehung auf das subjektive Recht zum Besitz fern gehalten wird, scheint mir einer Pflege überhaupt nicht zu bedürfen." — Bei der Polemik gegen Savigny verwechselt man die Begriffe des vorläufigen und definitiven

Es ist aber der Besitz nicht die faktische Möglichkeit, sondern die durch den Gesetzgeber irgendwie garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft.

Der Besitzer hat zunächst das wenn auch unvollkommene Recht in dem Grundstücke zu sein, die custodia zu haben, und das wenn auch unvollkommene Recht eigenmächtiger körperlicher Einwirkung und Abwehr. Ihm steht frei, ohne die Willenserklärung eines Dritten vorher zu extrahiren, ohne Richter und Urtheilsspruch physisch auf die Sache einwirken, ein anderer, und wäre er selbst der Eigenthümer, hat dies Recht dem Besitzer gegenüber nicht. Selbst der Eigenthümer, der nicht besitzt, ist dem Besitzer gegenüber zurückgedrängt auf die actio, welche das Gegentheil des unmittelbaren Rechts physischer Herrschaft bildet. Wenn daher Justinian in der l. 7 C. unde vi 8, 4 verordnet:

> si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat,

so entzieht dies Gesetz das Recht unmittelbar physischer Herrschaft sowohl dem Eigenthümer wie dem Nichteigenthümer, vorausgesetzt, daß sie nicht besitzen. Die Behauptung, welche sich fast in allen Lehrbüchern des Pandaktenrechts findet:

> Sowie das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit der ausschließlichen Herrschaft über eine Sache, so ist der Besitz die faktische Möglichkeit.[10])

halten wir in allen Punkten für verfehlt. Der nicht besitzende Eigenthümer hat überhaupt kein Recht physischer und unmittelbarer Herrschaft, sondern ein bloßes Rückforderungsrecht, welches die Römer als merum jus abgesondert von allem Besitze in den Titeln de rei vindicatione, de publiciana actione behandeln[11]).

Nur der Besitzer sitzt gleichsam auf der Sache und von seinem Herrscherstitze wirkt er auf die Sache ein, ohne erst Jemand um Erlaubniß

Rechtes und Rechtsschutzes. Nur vom definitiven Rechte ist beim Besitzschutze abzusehen, dagegen wäre ein Besitzschutz abgesehen von allem Rechte allerdings ein Widersinn.

[10]) Randa S. 15.

Savigny S. 27 § 1.

„Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen."

Dies Recht hat er aber nur, wenn er zugleich besitzt, sonst hat er ein Rückforderungsrecht.

[11]) Diese Titel stehen im 6. Buch der Digesten, der Besitz und das Eigenthum, welches mit dem Besitze zusammenfällt, wird im 41. Buche behandelt.

zu fragen, oder den Konsens des Dritten durch den Richter ergänzen zu lassen. Es ist dies die positive Seite seines Rechts. Aber ebenso verhindert er mit Recht seine eigene Dejektion, die Einwirkung auf die Sache oder den Gebrauch derselben durch Dritte. Es ist dies die negative Seite seines Rechts. l. 1 pr. D. de poss.:

> possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci κατοχήν dicunt.

An sich würde das bloße Sein in einem Grundstücke, das bloße Haben einer beweglichen Sache in der Gewahrsam, das bloße Einwirken auf die Sache, eine rechtlich indifferente Thatsache sein[12]); sie wird aber zum unvollkommenen oder vollkommenen Rechte, sobald sie mit einigen oder allen rechtlichen Garantien ausgestattet wird. Die rechtlichen Garantien, durch welche der Besitz im Rechtssinne erst erzeugt wird, bestehen nun aber darin:

a) daß der Besitzer straflos die Gewalt mit Gewalt abwehrt und die gegen ihn gerichtete Gewalt Pönal- oder Schadensersatzklagen erzeugt,
b) daß ihm ein vorläufiges Verbietungsrecht (interdictum uti possidetis) zusteht und er demselben nicht haftet,
c) daß ihm im Falle der Entsetzung ein vorläufiges Rückforderungsrecht gegeben wird,
d) daß er gegen die Unberechtigten eine exceptio und unter Umständen eine Rückforderungsklage hat,
e) daß ihm, wenn er zugleich definitiv berechtigt ist, exceptio und Rückforderungsklage gegen Jedermann zusteht.

Nicht der subjektive Wille des Besitzers, sondern der allgemeine Wille und das Gesetz schließen den Kreis um die besessene Sache, den ein Jeder, und wäre es auch der Eigenthümer, zu respektiren hat und den Niemand eigenmächtig durchbrechen darf.

Die unvollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft wird nun insbesondere von den Römern Besitz genannt, l. 115 D. de V. S.:

> quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus,

während die vollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft zugleich Eigenthum ist.

---

[12]) Jedermann kann auf eine besitzerlose Sache einwirken; selbst wenn ich den Besitz aufgegeben habe, ohne daß ihn ein Dritter okkupirt, steht mir die Einwirkung noch frei. Gerade aber, daß diese bloß faktische Möglichkeit von den Römern nicht Besitz genannt ist, beweist, wie unrichtig der geltende Besitzbegriff ist.

Dem unmittelbaren Rechte steht das mittelbare Recht an der Sache gegenüber. Es wird zum unmittelbaren körperlichen Rechte erst, nachdem der Besitzer, welcher die Sache herauszugeben hat, seinen entsprechenden Willen erklärt hat, oder derselbe vom Richter in der vorgeschriebenen Weise durch Urtel und Zwangsvollstreckung ergänzt ist. Unter diesen Begriff fallen alle Rückforderungs- und Forderungsrechte, mögen sie einen dinglichen Charakter an sich tragen oder nicht.[12a]) Die Römer nennen in der Regel das unmittelbare Recht nicht einmal ein Recht, sondern ein Faktum, weil es mit dem Faktum zusammenfällt. Ja das Eigenthum mit Besitz ist ihnen die körperliche Sache selbst. Inst. II. 2 § 2:

> corporales hae sunt, quae sua natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles.

Das mittelbare Recht, die vorläufigen sowie die definitiven Rückforderungs- und Forderungsrechte sind in ihren Augen das merum jus, die unkörperliche Sache.

Es ist daher selbstverständlich, daß es einen Besitz der mittelbaren Rechte des Rückforderungs- oder Forderungsberechtigten nicht geben kann. Die mittelbaren Rechte mögen gegen Gewalt geschützt werden, aber es ist dies kein Schutz im Besitze, den der Rückforderungs- oder Forderungsberechtigte eben nicht hat.

Trotz ihres Unterschiedes läßt sich aber die Aehnlichkeit des mittelbaren und unmittelbaren Rechts an der Sache nicht verkennen. Nach gewonnenem Siege mit der Klage des definitiven oder vorläufigen Rechts wird man in den Besitz eingeführt, soweit die Realexekution zulässig ist, l. 52 § 2 D. de poss.:

> Species inducendi in possessionem alicujus rei est, prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium, et vacuam relinquere possessionem jubet: quod multo plus est, quam restituere.

12a) Mit dem Besitze selbst sind auch nicht zu verwechseln die Rechte, den Besitz zurückzunehmen oder sich in Besitz zu setzen. Sie stehen zwischen Besitz und Forderungsrecht. Die Sache, deren Besitz ich verloren habe, kann ich immer noch eigenmächtig zurücknehmen, solange sie nicht ein Anderer in Besitz genommen hat. Wenn der Verkäufer mich nur ermächtigt hat, Besitz zu ergreifen, so habe ich nur dieses Recht, noch nicht Besitz. Ebenso hat der Erbe zwar das Recht, Besitz zu ergreifen, aber noch nicht Besitz. Die Verwechselung des Besitzes und des Rechtes, sich in Besitz zu setzen, hat zu der Annahme einer Gewehre aus der Auffassung und der Erbengewehre geführt; diese Verwechselung scheint uns auch den Ausführungen Cosack's (Der Besitz des Erben) zu Grunde zu liegen.

Durch die definitive Anerkennung des Besitzes durch den Richter wird derselbe sogar ein vollkommener, der auch dem Civilrecht in jeder Beziehung entspricht. Sehr schön entwickelt den Gegensatz und die Aehnlichkeit zwischen mittelbarem und unmittelbarem Rechte Justinian in der l. 12 C. de praescr. 7, 33:

> ideo enim nostri majores subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt, ut incorporales constitutae possint ubicunque jus suum et effectum corporalem extendere.

Das mittelbare Recht, obgleich sonst unkörperlich, hat einen körperlichen Effekt. Trotzdem darf man die verschiedenen Rechte nicht verwechseln.

Der Besitz ist das unmittelbare wenn auch unvollkommene Recht körperlicher Herrschaft. Er ist zunächst nicht mit dem vorläufigen Rechte identisch. Das letztere ist das Recht, die Sache, die ich habe, vorläufig zu behalten, und die ich nicht habe, vorläufig zu fordern oder zurückzufordern. Es ist dies also ein Recht des Besitzers und des Nichtbesitzers. Die Römer haben dieses Recht in scharfen Linien gezeichnet. L. 14 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2:

> si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repillitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur:

l. 15 § 2 D. de quaest. 48. 18 interim domini loco habeatur, l. 35 de poss., l. 1 § 45 de aqua quotid. 43, 20, l. un. C. uti possidetis 8, 6, l. 3 C. de interd. 8, 1, l. 13 C. de rei vind. 3, 32, l. 1 C. si de moment. poss. 7, 69, l. 14 C. de agricolis 11, 47, l. 10. C. de judicis 3, 1. l. un. C. Theod. Utrubi 4, 23.

Der Charakter dieses Rechts aber besteht darin, daß dem Besitzer unter bestimmten Bedingungen nicht nachgewiesen werden darf, daß er nicht das definitive Recht habe, und dem Nichtbesitzer nicht eingewendet werden kann, daß man als Verklagter das definitive Recht habe, daß vielmehr diese Fragen der quaestio principalis vorbehalten bleiben (conf. l. 10 C. de judiciis).

Randa schließt nun die Rechtsmittel des vorläufigen Rechts, und mit Savigny alle interdicta adipiscendae possessionis von der Behandlung in der Besitzlehre aus (S. 7 und 8), Jhering dagegen vermißt S. 69 in den neueren Pandektenkompendien den Nachweis der wissenschaftlichen Berechtigung des Begriffs der interdict. adip. poss. als wirklich possessorischer, mit den übrigen beiden Arten der int. poss. auf eine Linie zu stellender Rechtsmittel. Das Verhältniß des vorläufigen Rechts zum

Besitze ist in der modernen Literatur wenig klargestellt, und müssen wir daher auf dasselbe näher eingehen.

Rechtsmittel vorläufigen Rechts sind zunächst unzweifelhaft das interdictum uti possidetis und die interdicta recuperandae possessionis. Aber den Begriff des vorläufigen Rechts haben schon die Römer auf das Gebiet der Forderungsrechte übertragen, und kommen so zu den interdicta adipiscendae possessionis, von denen es gar nicht zu leugnen ist, daß sie neben den interdicta recuper. poss. und als gleichberechtigt behandelt werden [13]). Das interdictum quorum bonorum, das remedium ex leg. ult. de edicto D. Hadr. tollendo sind derartige Rechtsmittel des vorläufigen Rechts. Die moderne Rechtsentwicklung hat eine ganze Reihe solcher Klagen neu geschaffen, die vorläufige Klage des Prätendenten einer Reallast aus der einmal unter bestimmter Voraussetzung erfolgten Leistung, die Klagen aus den einer bestimmten Form entsprechenden Urkunden und Wechseln u. s. w., indem die Frage des definitiven Rechts ad separatum verwiesen wird [14]). Diese Klagen behandeln nicht etwa summarisch dieselbe Frage, wie der Hauptprozeß, sondern sind auf das Weniger von rechtlichen Bedingungen gestellt, so daß auch derjenige siegen kann, der das definitive Recht liquider Weise nicht hat. Wenigstens lassen sich diese Rechtsmittel so konstruiren. Aber man muß sich hüten, diese mittelbaren Rechte Besitz zu nennen, da sie mit demselben auch nicht das Geringste zu thun haben, sondern sein Gegentheil darstellen.

Das vorläufige Recht gliedert sich also nach drei Richtungen:

a) das Recht vorläufig zu behalten,
b) das Recht vorläufig zurückzufordern,
c) das Recht vorläufig zu fordern.

Die entsprechenden Rechtsmittel haben das Gemeinsame, daß sich mit ihnen nur eine vorläufige Entscheidung erreichen läßt, und sie auf anderen Voraussetzungen beruhen als der Hauptprozeß.

Frage ist, wie weit diese Rechte mit dem Besitze zusammenhängen. Sie sind zunächst und selbst das interdictum uti possidetis nicht der Besitz selbst, sondern höchstens Garantien und Schutzmittel des Besitzes.

---

[13]) Inst. IV. 15 § 1 werden die interdicta restitutoria und exhibitoria sogar zusammengefaßt und als gleichartig unter dem Namen decreta den prohibitorischen Interdikten entgegengesetzt.

[14]) Die Keime dieser Rechtsentwicklung finden sich wohl schon in der römischen Kaiserzeit.

C. Theod. 9 19. 2:

ut petitori possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas.

In den Pandekten wird deshalb der Besitz im 2. Buche des 41. Titels behandelt, die vorläufigen Rechtsmittel auf Erhaltung, Wiedererlangung, Erlangung desselben im 43. Buche.

Das interdictum uti possidetis ist nur eine dem Besitzer selbst zustehende, also eine mit dem Besitze selbst verbundene Garantie desselben: hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, l. 1 § 4 uti possidetis.

Das interdictum recuperandae poss. ist weder Besitz selbst, noch tritt es mit demselben zugleich in die Erscheinung; es ist eine Folge zu Unrecht aufgehobenen Besitzes, ein Rechtsmittel eines Nichtbesitzers zur Wiedererlangung desselben. Man kann daher nicht sagen, der Besitzer habe das Recht des interdictum unde vi, sondern nur zum interdictum unde vi, d. h. für den Fall, daß er dejizirt wird. Die Römer erklären ganz ausdrücklich, daß das interdictum unde vi den Besitz bekämpfe, daß es ein Rechtsmittel des Nichtbesitzers ist,

l. 1 § 4 uti possidetis D. 43. 17:
illud quidem interdictum oppugnat possessorem,

l. 1 § 23 D. de vi et vi armata 43. 16,
interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum dejiceretur, possidebat.

Bei noch vorhandenem Besitze wird es abgesprochen:

l. 1 § 45 eodem, quia per eos (sc. meos) retineo possessionem, qui dejecti non sunt.

Auch Justinian hat sich deshalb die Frage vorgelegt, ob die übrigen Rechtsmittel des vorläufigen Rechts, abgesehen vom interdictum uti possidetis, wirklich Interdikte seien; ihre innere Unterscheidung hat er nicht verkannt, sondern sie zu sehr bestimmtem Ausdrucke gebracht, für die gleichartige Bezeichnung entschied schließlich nur ein äußerlicher Grund. Inst. IV. 15 § 1:

Sunt tamen, qui putant proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari: sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

Das gesammte vorläufige Recht hat die spätere Kaiserzeit allerdings in der actio momenti zusammengefaßt:

l. 1 C. 7, 69 (possessionis reformatio),

l. 3 C. 3, 6 (momentaneae possessionis actio),

Isidor: Momentum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur.

(conf. sonstige Stellen bei Bruns S. 89.)

Darunter fällt nun auch das interdictum unde vi; Bas. 50, 3, 56:

πρὸς ῥοπὴν νομὴ, ἔχουσα τὸ περὶ βίας παράγγελμα.

Trotzdem ist das interdictum unde vi eine Rechtsgarantie des Besitzes. Dem Besitzer wird durch dasselbe die Möglichkeit körperlicher Herrschaft insofern garantirt, als dem Dejizienten die aus demselben resultirenden Nachtheile angedroht sind. Daher ist das interdictum recuper. poss. ein mit dem Besitze nicht zusammenfallendes Schutzmittel desselben, und als solches in der Besitzlehre zu behandeln.

Dagegen sind die interdicta adipiscendae poss. weder Besitz, noch eine Garantie desselben, sie sollen die rechtliche Möglichkeit körperlicher Einwirkung erst verschaffen, und deshalb sind sie in der Besitzlehre grundsätzlich nicht zu behandeln.

Zu verkennen ist nun nicht, daß bereits das klassische Recht das vorläufige Recht als possessio bezeichnet hat. Ulpian spricht in der l. 1 § 45 de aqua quotidiana 43, 20 von einer possessio temporaria, in der l. 17 pr. de poss. heißt es:

> Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habet;

in der Kaiserzeit bildet sich der Ausdruck momentanae possessio. Aber das klassische Recht ist, wie die obigen Ausführungen darthun, sich doch immer des Unterschiedes zwischen Besitz und vorläufigem Rechte bewußt gewesen, wahrscheinlich ist die Verwechselung in der späteren Kaiserzeit angebahnt, gewiß aber ist, daß die gegenwärtige Lehre Besitz und Recht der Interdikte als identisch auffaßt. Savigny sagt § 12 S. 190:

> Da also das einzige Recht des bloßen Besitzes in den Interdikten besteht, so ist das Recht der Interdikte das, was hier dargestellt werden soll,[15])

und wird durch diese Auffassung gezwungen, den Besitz, das reinste unmittelbare Recht, dem Obligationenrecht, dem reinsten mittelbaren Recht, zu überweisen.

Der Besitz aber besteht gar nicht in den Interdikten, sondern in dem wenn auch unvollkommenen Rechte körperlicher Herrschaft, die Interdikte sind nur Garantien und Schutzmittel des Besitzes. Das große Verdienst Savigny's ist es, die Verwechslung zwischen definitivem Rechte und Besitz zerstört zu haben, er ist aber nicht weit genug gegangen, indem er die Verwechslung zwischen Besitz und vorläufigem Recht bestehen ließ.

---

[15]) conf. auch S. 51: „Das jus possessionis also, d. h. das Recht, welches der bloße Besitz giebt, besteht lediglich in dem Anspruch, den der Besitzer auf die Interdikte hat . . . . ."

Vollständig verschieden vom Besitze und vorläufigem Rechte ist das definitive wenn auch relative Recht. Es ist das Recht, die Sache, die ich habe, gegen den Unberechtigten zu behalten, und die ich nicht habe, von dem Unberechtigten zu fordern, l. 52 D. de acquir. rer. dom:

> Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

Die Rechtsmittel definitiven wenn auch relativen Rechts gliedern sich ebenfalls nach 3 Richtungen:

a) relatives Recht zu behalten,
b) relatives Recht zurückzufordern (actio publiciana),
c) relatives Recht zu fordern.

Nur das erstere tritt vereint mit dem Besitze auf und gestaltet sich in der Negatorienklage und der exceptio gegen die Klage auf Herausgabe zu einem Schutzmittel des Besitzes.

> Retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio, aut interdictum. l. 1 § 4 uti possid.

Das zweite tritt mit dem Besitze nicht vereint auf, ist aber insofern eine rechtliche Garantie desselben, als seine Aufhebung dadurch wieder rückgängig gemacht wird. Das letztere hat mit der Besitzlehre nichts zu schaffen.

Auch vom vorläufigen ist das definitive aber relative Recht streng zu scheiden. Das erstere richtet seine Spitze selbst gegen den definitiv Berechtigten, den Eigenthümer, das letztere erweist sich ihm gegenüber kraftlos, l. 17 § 2 de P. A. 6, 2.

Das relative Recht erhebt sich zum absoluten, wenn ein besser Berechtigter nicht vorhanden ist. Beide Arten von Rechten sind daher nahe einander verwandt, und es ist nur erklärlich, daß sie vielfach, namentlich auch in den Kaiserkonstitutionen verwechselt werden.

Bald heißt es dort, daß der ohne justa causa vom Kläger besitzende das Eigenthumsrecht desselben nicht zerstören könne, l. 5 C. de poss.:

> inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet, l. 12 C. eodem,

bald daß er die possessio zurückgeben solle,

> l. 6 C. eodem
> restituere tibi possessionem cum omni causa non dubitabit,
> l. 7, l. 9 C. eodem.[16])

[16]) Wir glauben es daher nicht billigen zu dürfen, daß gerade aus den Worten des Codextitels sich die entgegenstehenden Schulen so heftig befehden. Ihering S. 111 folg. Savigny S. 467.

Ja die l. 11 C. de omni agro deserto spricht schließlich von einer proprietas possessionis. Aber die römischen Juristen sind sich über die materiellen Unterscheidungen klar gewesen, das sehr zweifelhafte Verdienst des Mittelalters ist es, Besitz, vorläufiges und definitives Recht in ein buntes Chaos zusammengeworfen zu haben. Da wird gestritten, ob ein Rechtsmittel petitorisch oder possessorisch sei, Gründe, die nur für das definitive Recht passen, werden zu Gunsten des vorläufigen verwendet, und umgekehrt, und das, worauf es allein ankommen sollte, zunächst die Begriffe zu fixiren, wird verabsäumt. In dem Labyrinth der possessorischen Klagen hält es schwer, den Ariadnefaden nicht zu verlieren.

Aus dem Wirrwar widerstreitender Meinungen suchen wir unseren Begriff des Besitzes zu retten. Er ist die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft. Garantirt wird dieselbe

a) durch das Recht der Gewalt mit Gewalt zu begegnen,
b) durch Rechtsmittel vorläufigen Rechts,
c) durch Rechtsmittel definitiven absoluten und relativen Rechts.

Der Besitz zu a und b wird abgesehen von jedem definitiven Rechte nur in beschränkter Weise geschützt, auf den Besitz zu c, wenn er zugleich absolutes Recht ist, ergießt sich die ganze Fülle prätorischen und civilrechtlichen Schutzes.

---

§ 2. Arten des Besitzes nach dem Umfange des Rechts.

A. Eigentlicher (vollständiger) Besitz (possessio pro suo et alieno).

Eigentlicher Besitz ist die garantirte Möglichkeit vollständiger körperlicher Herrschaft, d. h. die rechtliche Möglichkeit, in dem Grundstücke ausschließlich und dauernd zu sein, die Gewahrsam der beweglichen Sache zu haben, sämmtliche Besitzhandlungen auszuüben und jede Besitzhandlung eines Dritten abzuwehren. Der Idee der Vollständigkeit geschieht dadurch kein Abbruch, daß bestimmte begrenzte Befugnisse herausgenommen werden. Selbst das Recht, in dem Grundstücke ausschließlich und dauernd zu sein oder die Gewahrsam kann ausscheiden, und einem Anderen, z. B. dem unvollständigen Besitzer, Usufruktuar, Kolonen, Inquilinen u. s. w. übertragen werden. Nichts desto weniger bleibt das Besitzrecht des Eigenthümers insofern ein vollständiges, als der Eigenthümer das Recht zu allen nicht besonders ausgeschiedenen Besitzhandlungen hat, und ihm auch der Besitz des unvollständigen Besitzers dient. Hiernach giebt es einen eigentlichen Besitz mit und ohne eigenes corpus.

Der vollständige Besitzer kann auch ein Rückforderungsrecht und die daraus sich ergebenden Beschränkungen seines Rechts anerkennen, er wird dadurch zum possessor pro alieno.

Randa leugnet die Möglichkeit des Besitzes bei den Rechtsverhältnissen des Usuars, Usufruktuars, Bestandnehmers, Prekaristen, Leihers, Erbpächters, Faustpfandgläubigers, Verwahrers, Verwalters, Lehnsvasallen, überhaupt die Möglichkeit eines eigentlichen Besitzes unter Anerkennung eines fremden Rechtes.

Es muß Widerspruch erwecken, daß unter diesem Verzeichniß der Nichtbesitzer eine Anzahl solcher sich befindet, denen das römische Recht ohne Bedenken Besitz zugesprochen hat. Die Annahme des Sachbesitzes in diesen Fällen wird als römische Spezialität betrachtet. Es ist dies eine Folge davon, daß Savigny seinen s. g. abgeleiteten Besitz als Abnormität des Rechts bezeichnet, für welche die Römer keinen Namen gehabt hätten (Savigny S. 121), daß, weil die römischen Fragmente einmal nicht zu seinem Besitzbegriffe passen, alle Mittel der Dialektik aufgeboten werden, um den s. g. abgeleiteten Besitz als Ausnahmefall erscheinen zu lassen. Wird doch fast für jedes einzelne Rechtsinstitut eine Geschichte erfunden, von der man in den Pandekten nicht einmal die Ueberreste findet[17]).

Was Savigny sich unter „abgeleitetem Besitz" vorgestellt hat, dürfte wohl schwer zu ergründen sein, denn da nach S. 120 Note 1 von einer Sukzession in den Besitz auch hier nicht die Rede sein soll, so ist der abgeleitete Besitz eben so sehr und eben so wenig abgeleitet, wie jeder andere. Die Gründe, aus denen die römische possessio pro alieno als Abnormität bezeichnet wird, sind aber durchaus hinfällig, nämlich

a) weil der Besitzer pro alieno nicht den animus domini habe,
b) weil dem dinglichen Rechte, wie dem Faustpfandrechte, nur ein Rechtsbesitz entsprechen könne,
c) weil die possessio pro alieno in gewisser Beziehung beschränkt sei.

a) Der Savigny'sche animus domini enthält zwar eine der einschneidendsten Lehren des Civilrechts, schlimm aber ist es für sie, daß sie auch nicht ein einziges Quellenzeugniß aufzuweisen hat. Die Römer

[17]) Charakteristisch für seine ganze Besitztheorie ist die Aeußerung Meischeider's S. 66:

„Die Abnormität gebe ich zu. Sie ist aber keine Besonderheit des Besitzes des Sequesters, sondern eine solche des römischen Besitzschutzes überhaupt".

Windscheid sagt S. 409 von den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes: es sind dies Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist.

verlangen bekanntlich in den Fällen, wo sie überhaupt nothwendig ist, nicht die Absicht, Eigenthümer zu sein, sondern nur die Absicht, die vollständige körperliche Herrschaft über die Sache auszuüben und jeden davon auszuschließen. Sie nennen dieselbe animus possidendi, possidentis, possessionis (l. 1 § 20, l. 3 § 1 und 12, l. 8, l. 18 § 3 D. de poss. l. 41 D. de reb. cred.) affectio oder affectus possidendi, tenendi, affectus animi (l. 1 § 3, l. 3 § 3 D., l. 3 C. de poss.) sensus accipiendi possessionem (l. 32 § 2 D. eod.) propositum possidendi (l. 18 § 3 eodem) (conf. Rudorff No. 31). Savigny räumt dies auch S. 110 No. 2 selbst ein, und die Worte des Theophilus „τὸ ψυχῇ δεστόζοντος κατέχειν" beweisen nichts zu seinen Gunsten, da der Gewalthaber nicht gerade berechtigt zu sein braucht, und der Besitzwille sich seiner Natur nach auf nichts anders richten kann, als den Besitz.

b) Da der eigentliche Besitz nichts ist als die garantirte Möglichkeit vollständiger körperlicher Herrschaft, kann er naturgemäß auch mit einem Rechte korrespondiren, das eine vollständige körperliche Herrschaft nur in negativer Beziehung gestattet. Der Begriff des Eigenthums enthält noch ein Mehr der rechtlichen Beziehungen, indem der Idee nach das Eigenthum auch in positiver Beziehung vollständig ist, und daher kann das Gebiet des eigentlichen Besitzes gar nicht auf die possessio pro suo beschränkt sein.

c) Die bloße Beschränkung hebt die Idee der Vollständigkeit nicht auf, wie auch die Vollständigkeit des Eigenthums durch die Zulassung dinglicher Rechte nicht beseitigt wird. Bei der Konstruktion eingeschränkter Besitzrechte kann man von dem Gedanken ausgehen, daß sie an sich vollständig sind und nur gewisse Beschränkungen gestatten, und gerade dieser Gedanke liegt der Konstruktion der possessio pro alieno zu Grunde, während der uneigentliche (unvollständige) Besitz von Hause aus nur in bestimmter Beziehung gegeben wird.

Den von Savigny mit dem Titel „abgeleitete Besitzer" bedachten Personen wird daher in den Quellen einfach Besitz zugeschrieben, trotzdem sie den Willen, Eigenthümer zu sein, weder haben, noch haben können;

l. 13 D. de publ. act.:

illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

l. 22 § 1 de noxalibus act. 9, 4:

is, qui pignori accipit, vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione; licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident.

Von der durch Savigny aufgekommenen Abnormität des s. g. abgeleiteten Besitzes enthalten die Quellen keine Spur, ja sie haben für die verschiedenen Fälle eine allgemeine Bezeichnung, leider aber eine solche, welche der herrschenden Theorie widersprechend ist, l. 13 pr. D. de usurp. et usuc.:

> pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus [18]).

Die possessio pro alieno ist die rechtlich garantirte Möglichkeit vollständiger körperlicher Herrschaft unter Anerkennung des Rechts eines Dritten, die Sache zurückzunehmen oder zurückzufordern, und unter Anerkennung der daraus resultirenden Beschränkungen. Der possessor pro alieno hat das Recht, in dem Grundstücke zu sein, die bewegliche Sache in der Gewahrsam zu haben, alle Besitzhandlungen mit Ausnahme der wegen des anerkannten Rechts ausscheidenden auszuüben, so daß er insbesondere die Sache nicht vernichten darf, endlich die Besitzhandlung jedes Dritten abzuwehren. Neben der possessio pro alieno wird ein Besitz des Eigenthümers der Regel nach nicht anerkannt und so ist sie in negativer Beziehung wenn auch nicht in positiver vollständig [18a]).

Den aufgestellten Grundsätzen entsprechen die einzelnen Fälle.

Der Faustpfandgläubiger hat das ausschließliche Recht, die Sache inne zu haben, sein Recht ist allerdings insofern beschränkt, als er die Sache nicht nutzen und nicht vernichten darf, dagegen kann er, da sein ungetheiltes Pfandrecht sich auf die ganze Sache erstreckt, die Besitzhandlungen jedes Dritten abwehren. Selbst die Einwirkung des Schuldners ohne Einwilligung des Faustpfandgläubigers ist ausgeschlossen, wodurch jedoch an sich die Möglichkeit nicht beseitigt wird, dem Schuldner precario die Benutzung der Sache zu überlassen. (l. 6 § 4 de precario, l. 15 § 4 eodem.)

---

[18]) Ganz verschieden hiervon ist die possessio alieno nomine. Der possessor pro alieno besitzt selbst, wenn auch unter Anerkennung eines fremden definitiven Rechts, der possessor alieno nomine besitzt nicht selbst, sondern nur für einen Dritten, er hält diesem den Besitz vor. Wir sprechen vom vorgehaltenen Besitze, l. 18 D. de poss.

[18a]) Der entsprechende Wille des possessor pro alieno ist daher weder der des vollständigen Besitzers als Eigenthümer, weil er ein fremdes Eigenthum und die sich daraus ergebenden Beschränkungen seines Besitzrechts anerkennt, noch der des unvollständigen Besitzers, weil er die Vollständigkeit der negativen Seite des Besitzrechtes prätendirt. Die Gründe Randa's, der S. 22 ausführt, daß wenn man den animus domini derartig dehne, daß er auch auf den abgeleiteten Besitz passe, nicht einzusehen sei, weshalb nicht auch Usuar, Fruktar, Miether, Leiher u. s. w. abgeleiteten Besitz haben, widerlegen daher unsere Auffassung nicht.

Dem Sequester wird Besitz zugesprochen, sobald die Parteien durch besondere Verabredung das Recht des Besitzes auf ihn übertragen. Gewöhnlich geschieht dies aber nicht, und deshalb bedarf es der ausdrücklichen Vereinbarung, l. 17 § 1 D. dep., l. 39 de poss. Savigny faßt (§ 25 S. 301) diese Stellen dahin auf, daß die Parteien ausdrücklich bestimmen könnten, daß der Sequester den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usukapion unterbrochen werde. Wir können uns aber praktisch keinen Fall denken, in welchem den Parteien an einem dies bezweckenden Abkommen liegen könnte. Unter ihnen selbst sind die Rechtswirkungen der Usukapion so wie so ausgeschlossen, weil die Klage angestellt ist, und so sehr werden sie sich nicht in ihr eigenes Fleisch schneiden wollen, daß sie verabreden, auch gegen jeden Dritten solle die Usukapion ausgeschlossen sein. Die Sache liegt u. E. vielmehr dahin: Sobald die Parteien verabreden, daß der Sequester während des Streits die Sache besitzen solle, wenn sie ihm die possessio während des Streites abtraten, so war es die gesetzliche Folge, daß die Usukapion, die ohne Besitz nicht sein konnte, unterbrochen wurde. Wenn aber die Sequestration nur zur Bewachung der Sache angeordnet wurde, (at si custodiae causa deponatur), trat dieser Rechtserfolg nicht ein.[19])

Der Besitz des Sequesters, dem derselbe ausdrücklich übertragen worden, ist aber in der That ein eigentlicher Besitz. Er hat das ausschließliche Recht in dem Grundstücke zu sein, die Gewahrsam der beweglichen Sache zu haben, und alle Besitzhandlungen auszuüben. Sein positives Besitzrecht ist nur insofern beschränkt, als er verpflichtet ist, Sache und Früchte herauszugeben. Dagegen darf er die Besitzhandlungen jedes Dritten und selbst der Parteien abwehren, denn gerade zu dem Zwecke ist ihm der Besitz übertragen.

Der Prekarist besitzt unter Anerkennung des definitiven Rechts des precario rogatus. Dritten gegenüber hat er das Recht, ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, alle Besitzhandlungen mit Ausnahme der durch das precarium gegebenen Beschränkungen auszuüben, und die Besitzhandlungen fremder Personen abzuwehren. Sein Besitz ist nur insofern relativ, als der precario rogatus das Grundstück ohne Weiteres zurücknehmen kann.[19a])

---

[19]) Meischeider sagt § 38 S. 197: „Eine Sequestration zum Zwecke der Unterbrechung der Ersitzung (ut neutrius possessioni id tempus procedat) ist gegenwärtig wohl unerhört.“ — Wir nehmen aber an, daß sie bei den Römern ebenso unerhört gewesen wäre.

[19a]) Der Prekarist hat auch den nothwendigen Besitzwillen. Er will alle ausschließen mit Ausnahme des Eigenthümers. Allerdings geht sein Wille nur auf die

Hiernach sind die charakteristischen Merkmale der possessio pro alieno:

a) in positiver Beziehung zwar nicht die Aufhebung der Vollständigkeit aber die Beschränkung,

b) in negativer Beziehung die prinzipielle Vollständigkeit und Ausschließlichkeit, wenn dieselbe wie beim precarium auch nur relativ sein sollte.

Auch dem emphyteuta wird man Besitz zuzusprechen haben, da Niemand außer ihm auf die Sache einwirken darf; l. 15 § 1 D. qui satisdare cogantur 2, 8:

sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur,

nicht aber dem Superfiziar, da sich dessen Recht nur auf die superficies erstreckt.

B. Uneigentlicher (unvollständiger) Besitz (possessio naturalis).

Ganz scharf scheiden sich begrifflich der eigentliche Besitz (possessio pro suo et alieno) und der unvollständige Besitz. Der erstere geht fast immer auch in positiver Richtung auf die vollständige Herrschaft, der letztere geht schon der Idee nach auf die unvollständige Herrschaft, der erstere schließt in negativer Richtung jede Einwirkung, der Regel nach auch die des Eigenthümers aus, der unvollständige Besitz läßt die Einwirkung des Eigenthümers, soweit es mit seinem Inhalte vereinbar ist, bestehen. Daher ist der unvollständige Besitz kein eigentlicher Besitz.[20]) So heißt es in der l. 5 § 1 D. ad exhibendum selbst vom Usufruktuar:

quamvis nec hic utique possideat,

in der l. 1 § 8 quod legatorum:

movet, quod neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur,

---

in positiver Beziehung beschränkte Herrschaft, dies schließt aber den auf die vollständige Herrschaft in negativer Beziehung gerichteten Willen nicht aus, und darum können die Ausführungen Randa's S. 570 Note 12a, der den Besitzwillen deshalb verneint, weil der Wille nicht auf die totale, auch den Verbrauch in sich schließende Herrschaft gerichtet sei, als berechtigt nicht anerkannt werden.

[20]) In dieser Weise fassen auch die Basiliken und Theophilus den Unterschied auf: Basil. 50, 2. cap. 61:

νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή. κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Theoph. III. 29 § 2.

Der rechtliche Unterschied wird jetzt nur in die Seele des Besitzers verlegt, und dies ist ja auch an sich unbedenklich, da, soweit überhaupt Bewußtsein vorhanden ist, die Seele den rechtlichen Unterschied widerspiegeln wird. Theophilus hat aber wohl nicht daran gedacht, daß er mit seiner Aeußerung der Urheber des Savigny'schen animus domini und der Savigny feindlichen Willenstheorie werden würde.

in § 4 J. II. 9:

fructuarius, quia non possidet,

in der l. 6 § 2 D. de precario:

et fructuarius et colonus in praedio sunt et tamen non possident,

vom Kolonen in der l. 33 § 1 de usurp.:

qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet,

vom Depositar und Kommodatar in der l. 3 § 20 de poss.:

qui ne possidebat quidem.

Dennoch wird allen diesen Personen ein natürlicher Besitz zugeschrieben, so dem Usufruktuar.

l. 12 pr. de poss.:

Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet,

so selbst dem Kolonen, dem Kommodatar und Depositar in der l. 2 § 1 pro herede.

Der uneigentliche Besitz scheidet sich in zwei Unterarten, uneigentlicher körperlicher[20a]) Besitz und Rechtsbesitz, welcher letztere besonders im § 3 behandelt werden soll.

Der uneigentliche körperliche Besitz (der des Usufruktuars, Superfiziars, Kolonen, Inquilinen) ist die garantirte Möglichkeit, ausschließlich und dauernd in einem Grundstücke zu sein, aber nur in bestimmter Beziehung Besitzhandlungen vorzunehmen und Besitzhandlungen Dritter abzuwehren. Daneben steht stets der eigentliche Besitz des Eigenthümers, dem jedenfalls die Summe der Besitzhandlungen gebührt, soweit sie nicht ausgeschieden sind. Der uneigentliche körperliche Besitzer einer Mobilie hat die garantirte Möglichkeit, die Gewahrsam der Sache zu haben, Besitzhandlungen aber nur in bestimmter Beziehung auszuüben und abzuwehren. Der Eigenthümer hat zwar nie die custodia, aber doch das Recht, die nicht ausgeschiedenen Besitzhandlungen auszuüben. Hieraus ergiebt sich denn klar, daß dem Faustpfandgläubiger und Retentionsberechtigten ein eigentlicher Besitz zugesprochen werden muß, da sie prinzipiell den Besitz des Eigenthümers ausschließen.

Der eigentliche Besitz ist stets, wenigstens in negativer Beziehung, vollständig, der uneigentliche Besitz ist in negativer und positiver Beziehung unvollständig.

Zuzugeben ist dagegen, daß die Grenze zwischen eigentlichem Sachbesitz und uneigentlichem Besitz thatsächlich oft schwer zu bestimmen sein wird. Randa ist der Ansicht, daß der Lehnsvasall nur Rechtsbesitzer

[20a]) Der uneigentliche körperliche Besitz (die quasi possessio der Römer) ist trotzdem immer wirklicher Besitz, weil er ein corpus hat, und ist nach der Analogie des eigentlichen Besitzes zu beurtheilen.

(uneigentlicher Besitzer) sei. Wenn man aber annimmt, daß die physische Einwirkung des Lehnsherrn auf die Sache ganz ausgeschlossen ist, so dürfte sich an dem eigentlichen Sachbesitz des Vasallen nicht zweifeln lassen. Er besitzt dann allein, wenn auch unter Anerkennung des Rechts des Lehnsherrn. Von diesem Standpunkte läßt sich auch nichts dagegen einwenden, daß der Fideikommißbesitzer als eigentlicher Sachbesitzer bezeichnet wird (R. S. 25); denn mag das Recht der Familie bezw. der Agnaten als Eigenthum aufgefaßt werden oder nicht, in jedem Falle steht soviel fest, daß Niemand das Recht der physischen Einwirkung hat außer dem Besitzer. Meint man allerdings, daß zum Besitze der Wille eines Eigenthümers gehört, nicht bloß der auf die ausschließliche physische Herrschaft gerichtete Wille, so ließe sich gegen die Annahme des Besitzes viel einwenden, wenn man die Theorie des Obereigenthums der Familie billigt.

C. Detention.

Wir haben uns hier mit drei Fragen zu beschäftigen:

a) Was versteht man unter Detention?

b) Ist es nöthig, sie, abgesehen vom Besitze, noch besonders zu schützen?

c) Ist die Detention ein Rechtsbegriff?

a) Trotzdem die Detention der Begriffsbestimmung des Besitzes von den modernen Theorien zu Grunde gelegt wird, ist ihr eigener Begriff sehr schwankend und unklar. Bald soll sie bloße Macht oder bloße Gewahrsam sein, bald soll sie eine psychische Betheiligung des Subjekts doch voraussetzen.

Unseres Erachtens ist der Begriff der Detention aufzulösen.

Im römischen Rechte begegnet uns zunächst das Rechtsverhältniß des missus in possessionem. Derselbe hat keinen Besitz, l. 3 § 23 de poss.:

> quod autem Q. Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, possidemus, ineptissimum est.

Die missio giebt nicht das Recht, ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, also nicht einmal das corpus des Besitzes; sie berechtigt auch nicht zu irgend einer Besitzhandlung. Trotzdem läßt sich das Rechtsverhältniß unter den Begriff der Detention bringen, wenn auch dem missus in possessionem Besitz in keiner Weise zugesprochen werden kann.

Als Detentor bezeichnen wir auch den Stellvertreter im Besitze als solchen, d. h. soweit er nicht für sich besitzt. So definirt der Usufruk-

tuar, der Kolon, der Verwalter für den Eigenthümer der Sache. Freilich haben Verwalter, Inspektoren, Förster u. s. w. nicht einmal das corpus und daher nur natürlichen Besitz.[21])

Was wir uns aber sonst unter Detention eines Grundstücks vorstellen sollen, ist nicht ersichtlich. Die bloße Macht über ein Grundstück ist ein ganz unbestimmbares Etwas, jedenfalls kein Rechtsbegriff und ganz ungeeignet, als Grundlage des Besitzbegriffes verwendet zu werden. In dieser Beziehung hat Bruns, Besitz S. 466, Recht, wenn er zur Detention nicht nur Bewußtsein, sondern auch Willen, für sich oder Andere zu detiniren, fordert.

Dagegen giebt es auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes eine rein objektive custodia. Sie ist der Herrschaftskreis, den der Mensch nach den Regeln des gewöhnlichen Lebens zu beherrschen pflegt. In demselbeu kann sich eine bewegliche Sache ohne unser Wissen befinden.

b) Man stellt nun als Axiom auf, daß jede Detention zu eigenem Interesse geschützt werden müsse. Daran ist zunächst so viel richtig, daß jedes definitive Recht des Schutzes bedarf. Gerade die Römer haben in vollendeter Feinheit für jedes denkbare rechtliche Interesse ein Rechtsmittel ausgebildet und schließlich die actio ad exhibendum einem Jeden gegeben, der ein Interesse hat (l. 19 ad exhib.). Ebenso wird eine Pönal- und Schadensersatzklage durch jedes Interesse begründet, selbst ein Retentionsrecht ist für die actio furti ausreichend, l. 59 de furtis. Kein praktischer Jurist dürfte an der Richtigkeit des Satzes zweifeln, daß jedes rechtliche Interesse zu schützen ist, denn ohne Rechtsschutz ist es eben nicht vorhanden. Aus seinem Interesse wird auch der missus in possessionem geschützt, und gerade deshalb sind besondere Rechtsmittel für ihn aufgestellt. Eine ganz andere Frage ist aber, wie weit die Detention geschützt werden soll, abgesehen von allem civilen, d. h. definitiven Recht.

In letzterer Beziehung mag man nun zugeben, daß sich der Schutz der possessio pro alieno und des unvollständigen körperlichen Besitzes, worunter auch der Besitz des Finders und Retentionsberechtigten fällt, erweitern läßt. So kann man für den unvollständigen Besitz ein analoges interdictum uti possidetis aufstellen. Damit erreicht man aber nicht einen Schutz bloßer Detention, sondern nur eine Ausdehnung des

---

[21]) Aus diesem Grunde spricht das Reichsgericht (Entsch. in Strafsachen Bd. V S. 181) dem Förster Besitz und Gewahrsam des Waldes ab. Verwalter besitzen nur dann, wenn ihnen durch Vertrag das corpus ausdrücklich übertragen ist (l. 17 § 1 D. dep. l. 39 de poss.).

Besitzesschutzes, und wenn die modernen Gesetzbücher von dem Schutze der Detention sprechen, so kommt dies lediglich daher, daß sie derselben den unvollständigen Besitz subsumiren.

Endlich ist es nicht ausgeschlossen, dem Stellvertreter im Besitze die Legitimation zu ertheilen, die zum Schutze des Besitzes gegebenen Klagen Namens der eigentlichen Besitzer anzustellen, und auf diesem Standpunkte steht das römische Recht. L. 1 C. si per vim vel alio modo 8. 5.

Will man aber darüber hinaus auch die bloße objektive custodia mit einem Schutze ausrüsten, so versinkt man damit in's Bodenlose. Wenn z. B. ein Stück Vieh sich auf meinen Hof verläuft und der Eigenthümer führt es zurück, ehe ich etwas davon erfahre und das Vieh mir aneigne, wenn der in meinem Grundstück verborgene Schatz wieder herausgenommen wird, der Gegenstand, der aus Versehen in meiner Gewahrsam stehen geblieben ist, fortgeholt wird, so kann ich mich vielleicht darüber beklagen, daß der Eigenthümer ohne meine Erlaubniß meinen Boden oder mein Haus betreten hat, niemals aber darüber, daß mir die Detention des Viehes, des Schatzes, des Gegenstandes entzogen ist (conf. l. 5 § 5, l. 15 D. ad exhib. 10. 4).

c) Hiernach ist zwar die Detention ein Rechtsbegriff. Sie umfaßt als allgemeiner Begriff den gesammten körperlichen Besitz (vollständigen und unvollständigen), die Stellvertretung im Besitze, und die objektive custodia. Sie ist aber kein Recht, denn an sich ist sie mit Rechtsgarantien nicht umgeben. Zugleich ergiebt sich hieraus, wie unrichtig es ist, wenn man bei der Definition des Immobiliarbesitzes von dem Begriffe der Detention ausgeht; denn diese muß wieder durch den Begriff des Besitzes in eigenem oder fremden Namen erklärt werden.

---

§ 3. Begriff des Rechtsbesitzes.

Nach der herrschenden Theorie soll sich Sachbesitz und Rechtsbesitz darin unterscheiden, daß der erstere die Sache, der zweite ein Recht zum Objekte hat. Savigny § 12 S. 194:

> „Der fructuarius hat an der Sache selbst keinen juristischen Besitz, allein an seinem jus ususfructus hat er juristischen Besitz."

Die Unterscheidung beruht auf einer mißverständlichen von Cuperus herrührenden Interpretation der l. 10 C. de poss., nach welcher den Gegenstand des Besitzes ein Recht und ein corpus bilden soll, und deren Unrichtigkeit wir unten darstellen werden.

An sich kann es aber kaum zweifelhaft sein, daß der Rechtsbesitz

ebenso gut die körperliche Sache zum Gegenstande hat, wie der Sachbesitz, denn z. B. auch der Besitzer eines Wegerrechts geht über das Grundstück.

Bei denselben Schriftstellern findet sich denn auch auch eine Unterscheidung lediglich nach dem Umfange der Berechtigung. Savigny § 12 S. 192:

„wie der wahre Besitz in der Ausübung des Eigenthums besteht, so besteht dieser nachgebildete Besitz in der Ausübung eines jus in re."

Auch diese Unterscheidung dürfte aus zwei Gründen unhaltbar sein, einmal weil, wie wir gesehen haben, manche dingliche Rechte eine der Idee nach und wenigstens in negativer Beziehung vollständige körperliche Herrschaft zulassen, ihnen also ein vollständiger Besitz entsprechen muß (possessio pro alieno, s. g. abgeleiteter Besitz), zweitens weil der unvollständige, aber körperliche Besitz kein bloßer Rechtsbesitz ist.

Nach Randa soll nun sogar der Rechtsbesitz

„die einmal thatsächlich bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechts für sich"

sein. Damit ist ein neuer unmotivirter Gegensatz aufgestellt. Sachbesitz soll bloße Möglichkeit, Rechtsbesitz ausgeübte Möglichkeit physischer Herrschaft sein.

Bei diesen Versuchen, eine Definition des Rechtsbesitzes aufzustellen, zeigt sich auch der Begriff der Savigny'schen Reproduktionsmöglichkeit in seiner ganzen Unbestimmtheit. Eine Wegegerechtigkeit auszuüben, ist schließlich einem Jeden möglich, der nicht verhindert wird.

Durch Ihering wird die Sache wenig gefördert, wenn er S. 160 nur erklärt, daß die Idee des Besitzes allgemeiner als Thatsächlichkeit der mit dauernder Ausübung verbundenen Rechte zu formuliren sei. Denn was wir uns unter Thatsächlichkeit eines Rechts namentlich in den Zwischenmomenten, in denen es nicht ausgeübt wird, denken sollen, ist nicht gesagt, auch überhaupt nicht zu begreifen.

Es ist aber der Rechtsbesitz ein Besitz ohne corpus, ohne irgend welches Recht, ausschließlich und dauernd in dem Grundstücke zu sein. Er ist die garantirte Möglichkeit, nur in bestimmter Beziehung und vorübergehend auf ein Grundstück einzuwirken und fremde Einwirkung abzuwehren. Der Rechtsbesitz wird nicht durch das corpus, sondern durch Rechtsbestimmungen getragen[1]). Sachbesitz und Rechtsbesitz sind also begrifflich verschieden und nur insofern verwandt, als sie beide Rechte unmittelbarer Herrschaft über die Sache sind.

---

[1]) Hiernach ergeben sich klar die Abstufungen des Besitzbegriffes nach seinem Umfange:

Selbst da, wo hiernach Besitz denkbar ist, also z. B. bei affirmativen Servituten, sprechen die Römer nur von einer possessio nec certa nec continua, d. h. von einem Besitze ohne Ausschließlichkeit und Kontinuität. Die fast allgemein gelehrte Analogie zwischen Sachbesitz und Rechtsbesitz scheint ihnen doch sehr fern zu liegen. Die Möglichkeit des Besitzes bei Rechten wird in vielen Stellen sogar direkt geleugnet, l. 4 § 27 D. de usurp.:

nec de via quis id est de mero jure detruditur nec possideri intelligitur jus corporale,

l. 3 pr. D. de poss.:

possideri possunt, quae sunt corporalia.

Und wenn nun die l. 14 D. de servitutibus gerade den Charakter der Rustikalservituten darin findet, daß sie keinen sicheren und ununterbrochenen Besitz haben, weil Niemand in der Weise dauernd gehen könne, daß sein Besitz in keinem Augenblicke unterbrochen werde, so scheinen sie das wenigstens zur Genüge anzudeuten, daß es mit dem Rechtsbesitz bei diesen Servituten seine ganz besondere Bewandtniß habe.

Man sucht, um den Eindruck, den die zitirten Stellen machen, abzuschwächen, andere Fragmente in das Vordertreffen zu stellen (Savigny S. 193 Note 2). Wenn es aber in der l. 2 D. comm. praed. 8, 4 heißt:

tuendum esse eum, qui hoc jus possedit,

in der l. 7 D. de itinere 43, 19:

nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet,

so wird in der Regel übersehen, daß diese Stellen von der Präskription der Servituten sprechen. Das interdictum de itinere reficiendo, von welchem die l. 7 D. de itinere handelt, was der Zusammenhang deutlich zeigt, soll nicht dem bloßen Besitzer, sondern nur demjenigen zustehen, der das Recht ersessen hat (conf. l. 3 § 13 eodem).

Die Interpretation, welche Cuperus (de nat. poss. P. I. cap. 4) [1a] der l. 10 C. de poss. giebt, und welche die Analogie zwischen Sachbesitz und Rechtsbesitz darlegen soll, müssen wir als außerordentlich bedenklich bezeichnen, wenn sie auch Savigny als den gelungensten Theil seiner Schrift betrachtet:

---

a) eigentlicher Besitz pro suo ist in positiver und negativer Beziehung vollständig,

b) eigentlicher Besitz pro alieno ist nur in negativer Beziehung vollständig,

c) uneigentlicher körperlicher Besitz ist nur in Bezug auf das corpus vollständig,

d) der Rechtsbesitz hat nicht einmal ein dauerndes und sicheres corpus. Er ist weniger eigentlicher Besitz, wie das Recht, sich stets wieder in Besitz zu setzen.

[1a]) conf. dagegen Cujacius Observ. IX. 33, und die Basiliken zu l. 10 cit.

Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae jure consistit, aliam quae corpore, utramque ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio ac tacurnitate firmetur; interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in judicium deducta super jure possessionis vacillet ac dubitet.

Das Gesetz soll sagen, der Besitz könne in gleicher Weise ein jus oder ein corpus zum Gegenstande haben. Aber gegen eine derartige Interpretation sprechen doch folgende Erwägungen:

a) im ganzen Kodextitel de acquir. et retin. poss. ist von dem Rechtsbesitze mit keinem Worte die Rede, und jedenfalls würde der Sachbesitz in der Stelle selbst dem Rechtsbesitze vorangestellt sein, abgesehen davon, daß letzterer als possessio schlechtweg nie bezeichnet wird;

b) es wäre ganz überflüssig, zu behaupten, zwei an sich verschiedene Rechtsinstitute, wie Sachbesitz und Rechtsbesitz, hätten verschiedenen Charakter. Die Verschiedenheit des Charakters ist vielmehr auf dem einheitlichen Gebiete der possessio zu suchen;

c) was der Kaiser will, erhellt mit voller Deutlichkeit aus dem Schlusse der Stelle. Es giebt Besitz von doppelter Art, einen bloß faktischen Besitz, welcher der Rechtsgarantien entbehrt, und im Rechte von keiner Bedeutung ist, einen Besitz, der mit Rechtsgarantien umgeben ist, und der sich zur possessio quae jure consistit erhebt. Beide Arten von Besitz werden aber nur dann legitim, wenn alle Rechte Dritter erloschen sind. Die Stelle entwickelt daher durchaus sachgemäß einen dreifachen Gegensatz: bloß thatsächlicher Besitz, unvollkommen geschützter Besitz, vollkommen geschützter Besitz. Vom Rechtsbesitze ist auch hier keine Rede.[2])

Dennoch läßt sich nach der l. 2 D. comm. praed. 8. 4, l. 7 D. de itinere 43. 19 und namentlich nach l. 2 § 3 D. de precario 43. 26 nicht verkennen, daß schon das klassische Recht eine Art von Besitz bei Rechten gekannt hat, l. 2 § 3 de prec.:

habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ex hac solumodo causa, quod preces adhibuit . . .

Dies aber scheint uns die Auflösung des Widerspruchs: Sachbesitz und Rechtsbesitz unterscheidet sich nicht nur im Begriffe, sondern in der Art

---

[2]) Wie Savigny interpretirt auch Randa § 2 Note 6 die l. 10 C. l. c. Aber schon seine Uebersetzung des „consistere“ mit „zum Gegenstande haben“ ist gewagt.

des Schutzes. Der Rechtsbesitzer, z. B. der Besitzer einer Weggerechtigkeit darf seinen Besitz zwar eigenmächtig ausüben, da er aber kein corpus hat, steht ihm das Recht der Gewalt nicht zu. Das interdictum unde vi ist ihm aus gleichen Gründen nicht gegeben, vielmehr nur eine Schadensersatzklage aus dem definitiven Rechte, l. 4 § 27 de usurp.:

nec de via quis, id est mero jure, detruditur.

Der Rechtsbesitzer wird daher durch exceptio und Pönalklagen nicht geschützt aus dem Besitze allein, sondern nur in Verbindung mit dem Rechte; ein besonders zu beschützender Besitz wird neben dem vorläufigen und definitiven Rechte überhaupt nicht anerkannt. Rechtsbesitz ist nicht Besitz eines Rechts, sondern der Besitz, den das Recht verleiht, mag dies nun ein vorläufiges oder definitives, ein Interdiktenrecht oder eine Klage des Civilrechts sein. Der Rechtsbesitz wird nicht geschützt, abgesehen von jedem vorläufigen oder definitiven Rechte, und deshalb giebt es keinen eigentlichen Besitz bei jura in re, denen das corpus fehlt, sondern nur einen solchen, der mit dem vorläufigen oder definitiven Rechte zusammenfällt[2]). Manche Interdikte zum Schutze des Rechtsbesitzes werden sogar nur aus dem Civilrecht, dem definitiven Rechte, gegeben, l. 2 § 2 D. de interdictis:

quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato; nam proprietatis causam continet hoc interdictum;

l. 3 § 13 de itinere actuque priv. 43. 19:

hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi doceat.

l. 1 § 45 de aqua quot. 43. 20:

Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis; non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

(conf. die interdicta de glande legenda, de arboribus caedendis 43, 28 und 27).

Da der Rechtsbesitz kein corpus hat, kann er nur getragen werden durch das Interdikt oder das definitive Recht. Daß diese Definition des Rechtsbesitzes vom Standpunkte derjenigen, welche den Besitz für

[2]) Charakteristisch für das römische Recht ist, daß die Titel de poss. der Pandekten und des Codex des Rechtsbesitzes überhaupt nicht erwähnen, (es sei denn, daß man die l. 10 C. l. c. nach Savigny interpretirt). Der Rechtsbesitz hat überhaupt keine Stelle, er erscheint nur als Interdiktenrecht oder als Voraussetzung der Ersitzung.

ein Faktum erachten, auf ein Mißverständniß der Rechtsquellen zurückgeführt werden würde (conf. Randa S. 31 Note 6. a), war wohl zu erwarten. Trotzdem müssen wir dabei stehen bleiben, daß nur aus dieser Anschauung das römische Recht zu verstehen ist, und sich ein praktisch brauchbares Resultat erzielen läßt, wie wir in der Lehre vom Rechtsbesitze näher ausführen werden.

Gegen die modernen Theorien will uns ein doppelter Vorwurf gerechtfertigt erscheinen.

a) Indem sie von dem prinzipiellen Irrthume ausgehen, daß der Rechtsbesitz ein Recht zum Objekte habe,[4]) verwirren sie den Gegensatz zwischen körperlichen (vollständigen und unvollständigen) Besitz und Rechtsbesitz und subsumiren zu Unrecht den unvollständigen körperlichen Besitz dem Rechtsbesitze. Wo aber haben die Römer jemals den natürlichen Besitz des Usufruktuars, des Superfiziars, des Inquilinen, des Faustpfandgläubigers, des Retentionsberechtigten als Rechtsbesitz bezeichnet? Diese Auffassung scheint unmöglich, da die gedachten Personen die Detention, das corpus, haben. Nur in Bezug auf den Kolonen, zumal wenn er in einem Hörigkeitsverhältniß steht, kann die Beurtheilung zweifelhaft erscheinen. Sein Recht läßt sich allenfalls dahin konstruiren, daß ihm das corpus nicht, sondern nur das Recht zu einzelnen vorübergehenden Besitzhandlungen, der Einbringung der Ernte u. s. w. zusteht. Nach dieser Auffassung würde die Zulässigkeit des interdictum unde vi ausgeschlossen sein. Dagegen dürfte es nach modernem Rechte kaum zu bezweifeln sein, daß dem Kolonen ein körperlicher Besitz zuzuschreiben ist.

b) Indem man ferner den Versuch machte, fast jedes Recht als Objekt des Rechtsbesitzes aufzufassen, hat man alle Momente verflüchtigt, welche den Begriff des Besitzes ausmachen: das Moment unmittelbarer und eigenmächtiger Herrschaft, das Moment der Herrschaft über die Sache. Der Besitz ist vollständig in das ihm feindliche Heerlager der mittelbaren Rechte übergegangen, aber freilich nur das Wort, der Begriff ist noch stets bei seinen unveräußerlichen Merkmalen geblieben.

Der Forderungsberechtigte, und mag sein Recht einen noch so dauernden Charakter haben, hat die unmittelbare körperliche Herrschaft über die Sache nicht, sondern einzig und allein der Schuldner, der ihm die Sache zu leisten hat. Das Recht der unmittelbaren, eigenmächtigen

[4]) Windscheid S. 451 sagt ganz richtig: „Der Ausdruck ist wenig entsprechend; man sagt, ein Recht werde besessen, und meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, thatsächliche Geltung habe." Mit den theilweise von Savigny, theilweise von Gans herrührenden Worten wollen wir jedoch hiermit uns nicht einverstanden erklären.

Herrschaft und das Recht eine Sache zu fordern sind die direktesten Gegensätze, und dieser Unterschied der Begriffe wird auch dadurch nicht fortgeschafft, daß das Forderungsrecht dauernd ausgeübt oder auf ein Grundstück radizirt ist. Selbst der Gläubiger einer Reallast begeht ein Delikt, haftet auch dem Interdikt, wenn er die geschuldete Sache dem Schuldner fortnimmt. Er hat weder die Möglichkeit, noch das Recht unmittelbarer physischer Herrschaft und darum auch keinen Besitz.[5])

Bei Rechten, die auf bloßes Thun oder Nichtthun des Verpflichteten gehen, fehlt das Moment der Herrschaft über die Sache. Sie sind überhaupt keine Rechte an Sachen, weder unmittelbare noch mittelbare, sondern Rechte an der Person.

Wo eine unmittelbare Herrschaft über die Sache unmöglich ist, da ist es auch der Besitzbegriff. Ihering sagt S. 158, 159 nicht mit Unrecht:

> Wie man dagegen von dem Gesichtspunkte der physischen Herrschaft über die Sache aus zu einer solchen Erweiterung des Besitzbegriffes hat gelangen können, zu einer Erweiterung, welche von ihm selber gar nichts beibehält, weder das Moment der Sache, noch das der physischen Herrschaft, und was das Motiv zu dieser jene angebliche Grundidee des Besitzes bis zur äußersten Unkenntlichkeit entstellenden Karrikatur gewesen sein soll — dafür fehlt mir jedes Verständniß.

Wir müssen gestehen, daß auch wir trotz aufgebotener Mühe es nicht begreifen können, eben so wenig, wie die Ausführungen Savigny's, der (S. 192) Besitz überall da anzunehmen scheint, wo Gewalt überhaupt gedacht werden kann. Weshalb man dann nicht lieber gleich das ganze Strafrecht als Theil der Besitzlehre behandelt, ist nicht einzusehen. Aber — und dies geht wesentlich auch gegen Ihering — der Besitzbegriff in seiner modernen Ausdehnung enthält einen logischen Widerspruch. Eine Brücke zwischen dem unmittelbaren Rechte, mag es nun vollständig oder unvollständig sein, und dem mittelbaren giebt es nicht.

Damit leugnen wir aber keineswegs die materiellen Resultate der historischen Rechtsentwicklung, wir kämpfen nur gegen die unlogische Anwendung eines Wortes, welche geeignet ist, jeden bestimmten Rechtsbegriff in Frage zu stellen. Schon die Römer haben den Begriff des vorläufigen Rechts in den interdictis recuperandae und adipiscendae posses-

---

[5]) Wenn ein s. g. Besitzer eines Realrechts sich wirklich als Besitzer gerirte, würde ihm das decretum divi Marci entgegentreten.

l. 13 D. quod metus causa 4, 2:

> vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit.

Er unterliegt derselben Strafe, wie der der l. 7 C. unde vi.

sionis auch auf Rückforderungs- und Forderungsrechte übertragen. Das vorläufige Recht ist nicht bloß ein Recht der Besitzer, sondern auch der Nichtbesitzer. Die Bildung des vorläufigen Rechts ist von den Kanonisten weiter fortgeführt, und wenn nun auch dem zu einer Reallast Berechtigten Besitz zugeschrieben wird, so hat er gerade Besitz an der geschuldeten Sache oder Leistung am wenigsten, sondern nur das Recht, die unter bestimmten Bedingungen einmal erlangte Leistung so lange weiter zu fordern, bis der Gegenpart die Negatorienklage durchgeführt hat. Nicht der Besitzbegriff ist trotz des Wortes auf das Gebiet der Forderungsrechte übertragen, sondern nur das Recht der Interdikte, das vorläufige Recht, das mit dem Besitze zusammenhängen, aber auch ganz unabhängig von demselben auftreten kann. Das Gleiche gilt von der Ersitzung des modernen Rechts. Wenn man nun freilich nach der herrschenden Theorie den Besitz mit dem vorläufigen Rechte, das sich auch bei jedem nicht dauernd auszuübenden Forderungsrechte, z. B. aus dem mit gewissen Förmlichkeiten versehenen Testamente, aus gerichtlichen, notariellen Urkunden oder Wechseln dahin konstruiren läßt, daß das definitive Recht ad separatum verwiesen wird, verwechselt, oder wenn man nach der mittelalterlichen, Ihering'schen Theorie Besitz fast mit jedem Rechte identifizirt, so muß man sich auch ruhig in das weite Meer eines endlosen und ganz unfaßbaren Besitzbegriffes tragen lassen.

---

§ 4. Rechtliche Natur des Besitzes.

Manche Schriftsteller halten den Besitz für ein bloßes Faktum, manche für ein volles Recht, manche für Recht und Faktum zugleich. Auch gehen die Meinugen bei demselben Autor häufig durcheinander.

Wir halten die Kontroverse durch die l. 10 C. de poss. für gelöst:

> Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio ac tacurnitate firmetur.

Die Möglichkeit der körperlichen Herrschaft kann mit allen Rechtsgarantien ausgestattet sein. Dann ist der Besitz ein legitimer, ein volles Recht (possessio legitima). Sie kann nur mit einem Theile der rechtlichen Garantien umgeben sein, dann bleibt sie ein Besitz, der im Rechte Bedeutung hat (possessio, quae jure consistit), trotzdem sie in anderer Beziehung ein Unrecht ist. Das bloße Sein in einem Grundstücke, die

bloße Gewahrsam der beweglichen Sache und die bloße faktische Einwirkung ohne jede Rechtsgarantie ist ein bloßes Faktum (possessio, quae corpore consistit).

Niemand wird zweifeln, daß der legitime Besitz ein volles Recht, der bloß körperliche Besitz ein reines Faktum sei. Darum handelt es sich jedoch nicht, sondern um die Natur des Besitzes im Rechtssinne.

Derselbe ist ein unvollkommenes Recht, er ist mit einigen rechtlichen Garantien ausgerüstet, während er der anderen entbehrt, er kommt in der einen Beziehung als Recht, in der anderen als Unrecht in Betracht.

Wir haben die Meinung derjenigen zu widerlegen, welche

a) den Besitz für ein bloßes Faktum, oder nur gewisse Erscheinungsarten desselben für ein Recht erachten,

b) den Besitz für ein volles Recht erachten.

a) Randa stellt S. 36 unter näherer Darlegung der vielbesprochenen Kontroverse über die Natur des Besitzes die Behauptung auf:

„Der Besitz ist ein Faktum. Er ist kein Recht — kein Unrecht — er geht neben dem Rechte einher."

Doch sagt er an einer andern Stelle S. 3:

„Durch die Aufnahme in das Recht wird nun der natürliche Besitz, der seinem Wesen nach ein bloßes Faktum ist, zum Rechtsbegriffe und der Besitz selbst zum Rechtsinstitute."

Aehnlich führt Windscheid § 150 S. 410 aus, daß der Besitz kein Recht, aber ein Rechtsverhältniß sei, also ein Rechtsverhältniß, welches ein Nichtrecht zum Gegenstande hat. Wir können in diesen Behauptungen nichts als ungelöste Gegensätze erblicken, und schließlich dürfte es wohl bei der ursprünglichen Behauptung Savigny's (S. 43) verbleiben, daß er Faktum und Recht zugleich sei, trotzdem sie eben paradox erscheint, wie die Annahme der Identität des Seins oder Nichtseins, und trotzdem Savigny eigentlich unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in der 6. Ausgabe erklärt, daß der Besitz in Wahrheit kein Recht sei. S. 58. [1])

Die Ausführungen, welche die rein faktische Natur des Besitzes darthun sollen, sind aber nicht nur in sich widersprechend, sondern auch unrichtig.

Zunächst verwechselt man den Gegenstand des Besitzes, die körperliche Herrschaft, mit dem Besitze selbst, die possessio quae corpore consistit, mit der possessio, quae jure consistit. Gewiß ist das bloße

[1]) conf. ferner S. 119, wo es wieder heißt: Allein der Besitz wird als Recht betrachtet . . . . .

Sein in einem Grundstücke, die Gewahrsam einer Mobilie und das bloße Einwirken ein Faktum. Sobald man aber das gegebene Lebensverhältniß mit Rechtsgarantien umgiebt, erhebt man es damit zum Rechte. Alle Rechte, auch das Eigenthum, haben gegebene Lebensverhältnisse zum Gegenstande, bloße Ideen wird man doch nicht mit Rechtsgarantien ausstatten.

Savigny sagt ferner (6. Auflage § 5):

„Der Besitz ist Faktum, sofern ihm ein bloß faktisches Verhältniß zum Grunde liegt, er ist ein Recht, insofern mit dem bloßen Dasein jenes faktischen Verhältnisses Rechte verbunden sind ... er ist Recht und Faktum zugleich."

Diese Aeußerung scheint uns so recht geeignet, die Natur des Besitzes zu verschleiern, und glauben wir, sie in jeder Beziehung bekämpfen zu müssen.

Unzweifelhaft liegt dem Besitze ein faktisches Verhältniß zum Grunde und insbesondere ist sein Erwerbsakt ein factum. Dasselbe trifft aber bei jedem Rechte zu, auch dem Eigenthumsrechte dient ein faktisches Verhältniß und insbesondere ein faktischer Erwerbsakt zur Grundlage.

Den zweiten Theil der Aeußerung haben nun sogar die Anhänger der Rechtsnatur des Besitzes aufgegriffen, indem sie lehren, possessio als Thatbestand ist res facti; possessio als Summe von Rechtsfolgen ist res juris. (Bekker, das Recht des Besitzes S. 360). Eine Thatsache wird aber unzweifelhaft dadurch nicht zum Rechte, daß sie Rechtsfolgen hat, so z. B. nicht die Tradition dadurch, daß sie das Eigenthum wirkt. Hätte der Besitz in der That nur Rechtsfolgen, so würde er kein Recht sein. Er ist aber ein mit Rechtsgarantien ausgestattetes Lebensverhältniß und darum ein Recht.

Derselbe Savigny äußert sich S. 45 dahin:

„Es giebt Fälle, in welchen es nöthig ist, die Rechte des Besitzes zu gestatten, wo jenes Faktum nicht ist, oder zu versagen, wo es sich findet. In allen diesen Fällen ist es nicht bloß, wie in den übrigen die Wirkung, was den Besitz zu einem Rechtsverhältniß macht, sondern der Besitz selbst, als die Bedingung jener Wirkung, enthält hier juristische Bestimmung."

Es scheint, als solle hierdurch nur der nicht ausgeübte Besitz, die possessio ficta der Glossatoren, für ein wahres Recht erklärt werden. Aber der Besitzer wird auch geschützt, wenn er sein Recht ausübt, und aus gleichem Grunde ließe sich behaupten, das Eigenthum sei nur dann ein Recht, wenn es nicht ausgeübt werde.

Ferner soll nach Randa der Besitz keinen Inhalt, sondern nur rechtliche Folgen haben. Er sagt S. 43:

„Denn ist der Anspruch des Berechtigten: im Rechte nicht gestört zu werden, lediglich eine Folge des Rechts, so wird der analoge Anspruch des Besitzers doch wohl auch nur eine Folge des Besitzes sein."

Man vergißt aber ganz, daß ein Faktum die Grundlage jedes subjektiven Rechts ist und aus dem Schutze des Faktums das Recht resultirt. Auch liegt, wie wir bereits bemerkt haben, jedem Rechte ein faktischer Erwerbsakt zu Grunde. Das Eigenthum entspringt aus der Tradition; die Tradition selbst ist freilich kein Recht, sondern ein bloßes Faktum; aber die Gesammtsumme der durch die Tradition erzeugten Rechtsgarantien bildet das subjektive Eigenthumsrecht.

Sicut ex contractu, qui est facti, resultat obligatio, quae est juris, ita ex apprehensione, quae est facti, resultat possessio, quae juris est (Rovanis bei Förster § 157 Note 2).

In gleicher Weise ist der Erwerbsakt des Besitzes ein Faktum; dieses Faktum wird auch dadurch nicht zum Rechte, daß es rechtliche Folgen hat, aber die Summe der erzeugten, das faktische Lebensverhältniß nunmehr umgebenden Rechtsgarantien bildet das subjektive Besitzrecht.

Wenn man freilich unter Besitz bald die Voraussetzungen versteht, unter welchen die Gesellschaft das Besitzrecht anerkennt, bald die rechtliche Anerkennung, welche die Voraussetzungen finden, — und dies thut man, sobald man von Erwerb und Verlust des Besitzes spricht, — so läßt sich der Kampf der Meinungen bis in's Unendliche fortsetzen, wobei dann die Begriffe verschoben werden, wie sie gerade passen.[1a])

Einen Inhalt hat das Besitzrecht aber unzweifelhaft. Es gewährt gerade infolge rechtlichen Schutzes die Möglichkeit körperlicher Herrschaft.

Es soll nun, während sonst der privatrechtliche Schutz nur dem Rechte gewährt werde, derselbe hier an das bloße Faktum geknüpft sein (Randa S. 38); die Besitzklagen sollen den Inhalt des etwaigen Rechts nicht bilden können, da die Klagen ja keine Rechte, sondern nur zum Schutze regelmäßig von Rechten bestimmt seien (S. 43). Aber wenn es auch zugegeben werden kann, daß Recht und Klage nicht identisch sind, so sind doch die gerechtfertigten Klagen nicht nur in der Regel, sondern immer Ausfluß von Rechten, und deshalb ist die nothwendige Folge, daß diejenige Klage abgewiesen wird, der ein Recht nicht zur Seite steht.

[1a]) Die Basiliken nennen die römische possessio sogar Besitz im rechtlichen Sinne. Basil. 50, 2 c. 61:

κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.

Die νομαὶ ἔννομοι sind daher nicht zu verwechseln mit den νομαὶ πολιτικαί, welche letzteren den Begriff der possessio legitima ausmachen (Rudorff S. 619).

Für die Besitzklage müßte man denn die einzige Ausnahme dahin behaupten wollen, daß man mit ihr durchdringen könne, auch wenn sie unberechtigt ist, auch wenn ihr ein Recht nicht zu Grunde liegt. Wenn aber irgend ein Umstand, so ist der rechtliche Schutz, den das Faktum findet, das Kriterium des Rechts.

Endlich sucht man gegen die Rechtsnatur des Besitzes nicht nur die allerdings zuzugebende Unvollkommenheit seines Inhalts und Schutzes in's Feld zu führen, man stützt sich auch auf die Eigenschaften des Erwerbsaktes, trotzdem es doch klar erscheint, daß Fakta nicht erworben werden. Die faktische Natur des Besitzes soll daraus folgen, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Erwerb und Verlust von Rechten auf den Erwerb und Verlust des Besitzes nicht anwendbar seien[1b]), insbesondere, daß es eine Sukzession in den Besitz nicht giebt. Aber wir haben noch nirgends behauptet, daß der Besitz und das definitive Recht identisch sind, und daß deshalb die Grundsätze des Civilrechts über den Erwerb des definitiven und absoluten Rechts auch für den Besitz maßgebend sein sollen. Gerade aber der Umstand, daß der Besitz, wenn auch nicht nach Civilrecht, erworben und verloren wird, dokumentirt seine rechtliche Natur: Fakta geschehen, Rechte werden erworben und gewonnen. Dazu kommt, daß die Behauptung, es gäbe keine Sukzession in den Besitz, durch nichts erwiesen ist. Savigny hat sie auch in so schroffer Weise nicht hingestellt, er meint S. 44 nur, daß eine eigentliche Uebertragung des Besitzes nicht möglich sei, eine uneigentliche scheint er für möglich zu halten. Thatsache ist aber, daß die Römer die Sukzession in den Besitz, den Eintritt in dasselbe Rechtsverhältniß, aber freilich nur dann anerkennen,

a) wenn die Besitzergreifung erfolgt ist, d. h. in in Folge der Tradition und dann, wenn der Erbe den Besitz der Erbschaftssachen erlangt hat.[2])

Will man wegen dieser Bedingung die Sukzession überhaupt leugnen, so

[1b]) Man führt auch aus, daß aus widerrechtlichen Handlungen kein Recht entstehen könne. Aber es ist wohl klar, daß Handlungen, die ein vollkommenes Recht nicht zu erzeugen vermögen, ein unvollkommenes verschaffen können. Mit dieser Modifikation erscheinen uns die Ausführungen Bekker's (Das Recht des Besitzes Bl. 27) gerechtfertigt.

[2]) Die l. 23 D. de poss. sagt, daß der Besitz des Erblassers dem Erben gebühre, nur dann nicht, wenn er ihn nicht natürlich ergreife:

possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet;

l. 30 D. ex quibus caus. 4, 6:

quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem.

conf. l. 4 § 15 D. 47. 4. l. 38 § 6. 8 D. 45. 1. l. 31 § 5 D. 41. 3. l. 30 D. 4. 6.

sollte man doch vorher erwägen, daß es aus gleichem Grunde keine Sukzession in das Eigenthum geben kann, weil dieses allein durch die Tradition oder sogar erst durch die Eintragung erzeugt wird.

b) wenn sich der Wille der Kontrahenten ausdrücklich auf die Besitzvortheile richtet.

In diesem Falle wird der Besitz sogar durch Vertrag (constitutum) übertragen, und die Wirkung der Uebertragung kann selbst auf den Besitz allein beschränkt werden.

> et sequitur, ut et precarium, et conductio, si specialiter possessionis solius conducendae, vel precario rogandae animus interveniat,
>
> l. 28 D. de poss. l. 21 D. de usurp. l. 4 § 3 de prec. l. 15 dep. l. 34 § 4 de contr. emt. l. 37 de poss. l. 35 § 1 de pign. act. l. 35 § 1 eodem l. 6 § 4, l. 22 de prec.

Und wie sollte es mir denn auch verwehrt werden können, auf die Besitzvortheile zu verzichten? Savigny sagt S. 46 freilich, die Bedeutung der Ausdrücke der zitirten Stellen sei gar nicht, daß durch diese Geschäfte der juristische Besitz übertragen werde, aber in allen Fragmenten beinahe wird es betont, daß sich der Wille speziell auf die Besitzvortheile zu richten habe, und die Zumuthung kann nicht gestellt werden, daß die Römer zu Gunsten der Savigny'schen Theorie gegen ihren Wortlaut zu interpretiren sind. Keine Kunst Savigny'scher Dialektik wird aber den Widerspruch zu beseitigen vermögen, der in den Worten liegt: ein übertragenes Faktum.[3] [4]).

Richtig ist nur, daß der Besitz mehr von seinen faktischen Voraussetzungen abhängig ist, als das Eigenthum. Dies folgt aber aus seinem Charakter als streng unmittelbares Recht.

Alle diese Gründe, welche gegen die rechtliche Natur des Besitzes zur Geltung gebracht werden, daß er nicht denselben Inhalt habe, nicht ebenso geschützt, erworben und verloren werde, wie das definitive Recht, faßt Kierulff I. S. 351 in den Satz zusammen:

> Wäre der Besitz Recht, so wäre der Sachenbesitz Eigenthum.

Es giebt aber noch mehr Rechte als das Eigenthum, und daher enthalten

---

[3]) Dasselbe gilt von den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes. Ein abgeleitetes Faktum ist auch ein Widerspruch.

[4]) Zu erwähnen ist noch ein aus Donellus lib. V cap. 6 § 13 entnommener Grund. Man meint, der Besitzer könne das Recht körperlicher Herrschaft nicht haben, weil es der Eigenthümer unter allen Umständen zurückbehalte. Aber der Eigenthümer, welcher nicht besitzt, hat nur ein Rückforderungsrecht (die vindicatio), nicht das unmittelbare Recht körperlicher Herrschaft.

sämmtliche Schlüsse einen logischen Sprung. Die Möglichkeit körperlicher Herrschaft kann vollständig, theilweise, oder auch gar nicht geschützt werden, und nur diese Auffassung entspricht dem Gedanken der l. 10 C. de poss.

b) Noch um vieles unbegründeter erscheint die Meinung derjenigen, welche den Besitz für ein volles Recht erachten. Damit ist die Natur des Besitzes als eines unvollkommenen Rechtes vollständig verkannt. Ihering nennt den Besitz eine Eigenthumsposition, spricht von der extensiven Kongruenz des Besitzes und Eigenthums (S. 143) und fordert für den Besitzer den vollen Schutz der Gesetze. S. 127, 131, 135.

„Der Besitz, der als rechtliches Verhältniß einmal anerkannt ist, verlangt nicht halben, sondern ganzen Schutz."

Es ist aber ganz undenkbar, daß der Besitz sich desselben Inhalts, desselben Schutzes, desselben Erwerbsaktes erfreuen sollte, wie das Eigenthum. Sein Wesen liegt gerade in dem Weniger der Berechtigung, in seiner Unabhängigkeit vom definitiven Rechte.

Der bloße Besitz ist in der That ein halbes Unrecht, ein halbes Recht.[4a]) Denn wie der Besitzer der Klage des definitiven Rechts, ja selbst der des vorläufigen, und aus seiner etwaigen mala fides auch der Schadensersatzklage haftet, so umschließt andrerseits der Besitzbegriff die besessene Sache mit einer Schranke, die anders als durch den Richter zu durchbrechen, ein Unrecht ist. Auch der bloße Besitzer befindet sich dann im Rechte, wenn er die physische Einwirkung Dritter abwehrt, selbst der Eigenthümer hat kein Recht unmittelbarer physischer Herrschaft, sondern ein bloßes Rückforderungsrecht, das ohne Willen des Besitzers oder ohne Richter thatsächlich nicht ausgeübt werden darf. Aus dem vorläufigen Rechte wird der Besitzer ferner den ersten Angriff des Berechtigten siegreich abschlagen, aber nur dann erfreut er sich der ganzen Fülle civil-

---

[4a]) Die Bemerkung Randa's S. 36 Note 3: „Die Ansicht K.'s: „Der Besitz ist halbes Recht, halbes Unrecht" verstößt gegen seine eigene Behauptung über den Gegensatz beider und ist nur eine ungenaue Formulirung der Savigny'schen These: „Besitz ist zugleich Recht und Faktum," können wir als zutreffend nicht anerkennen. Wir haben nicht behauptet, daß der Besitz in derselben Beziehung Recht und Unrecht sei, nur dann würden wir den Gegensatz beider Begriffe verkennen, es ist aber andrerseits keine logische Unmöglichkeit, daß der Besitz von einigen Rechtsgarantien umgeben ist, während andere gegen ihn gerichtet sind.

Mit der Auffassung Savigny's hat die unsere doch kaum etwas gemein. Savigny erblickt das Rechtliche des Besitzes in seinen Rechtsfolgen und in seiner Ausdehnung über das Faktum, wir in seinem Rechtsschutze, in den rechtlichen Garantien, welche ihn umgeben.

rechtlichen und prätorischen Schutzes, wenn er in seiner Person das definitive Recht mit dem Besitz vereinigt. Sonst ist er insofern im Unrecht, als er der Klage des definitiven Rechts und der Schadensersatzklage unterliegt. Wenn Ihering S. 3 fragt:

> Heißt dies nicht auf der einen Seite etwas billigen und unterstützen, was man auf der anderen Seite verwirft und verfolgt?

so charakterisirt die Bejahung dieser Frage gerade die doppelte Natur des Besitzes, gerade sie enthüllt das Janusgesicht desselben. Vollständig zutreffend sind die bei Schilter zitirten Worte (Ihering S. 91 No. 93):

> nam nullo modo posse quem sine periculo animae possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in judicio proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas, damna et interesse parti victae teneri.

Unbegreiflich ist uns, weshalb die Theorie diese Verschmelzung von Recht und Unrecht nicht anerkennen will, weshalb die eine Schule dem Besitze jedes rechtliche Moment raubt, weil er sie nicht alle in sich vereinigt, die andere ihn dagegen so mit allen rechtlichen Momenten überschüttet, daß er dabei zu Grunde gehen muß. Unvollkommene Rechte giebt es auf dem Rechtsgebiete auch sonst. Das vorläufige Recht, selbst wenn es das merum jus eines Nichtbesitzers sein sollte, ist ein halbes Recht, ein halbes Unrecht. Denn wenn es auch seine rechtliche Kraft gerade dem definitiven Rechte gegenüber erprobt, so wird es doch durch die Prinzipalklage (quaestio principalis) von ihm überwunden. Diesen Charakter trägt selbst das definitive, aber relative Recht, denn wenn auch exceptio und Klage gegen den Unberechtigten durchzuführen ist, so werden sie kraftlos gegen den absolut Berechtigten. Selbst der Civilbesitz, welcher sich mit dem definitiven Rechte zu behalten verbindet, kann noch eine Idee von Unrecht an sich tragen, indem man wie z. B. beim tignum junctum zum Schadensersatze verpflichtet ist[4b]). Die l. 10 C. de poss. nennt endlich nur die possessio eine legitime, welche durch die Ruhe und das Schweigen aller Gegner befestigt wird. Das Leben fordert sogar die Konstruktion unvollkommener Rechte gebieterisch, weil bei verwickelteren Eigenthumsstreitigkeiten eine vorläufige Entscheidung nothwendig wird, und in einem Prozesse die Feststellung des absoluten Rechts überhaupt nicht möglich ist, der Richter vielmehr nur relatives Recht unter den Parteien sprechen kann.

[4b]) Die l. 6 in Verbindung mit l. 7 § 1 ad exhibendum scheint am tignum junctum Civilbesitz anzunehmen. Dies dürfte auch vollständig korrekt sein, da der Bauherr das definitive Recht zu behalten erlangt.

Keine andere ist die Auffassung der Römer. Wenn die l. 49 D. de poss. sagt: plurimum ex jure mutuatur possessio, so ist es nicht zu verstehen, wie man es Angesichts dieser Stelle leugnen will, daß dem Besitze ein Rechtscharakter beigelegt ist[5]). Der Jurist verkennt aber nicht, daß es nur der Charakter eines halben Rechts ist, indem der Besitz nur viel vom Rechte entnehmen soll. Andererseits heißt es in der l. 19 D. ex quibus caus. maj. 4, 6:

possessio autem plurimum facti habet.

Viel vom Faktum, ja das Meiste mag der Besitz haben: ein bloßes Unrecht aber ist er nicht. Derselbe Papanian widerlegt in den zitirten Stellen sowohl die Meinung Savigny's, wie die Ihering's, er führt ausdrücklich aus, daß der Besitz ein halbes Recht, ein halbes Unrecht ist, in der einen Beziehung als Recht, in der anderen als Unrecht in Betracht komme.

In demselben Satze sagen deshalb die römischen Juristen, daß der Besitzer, obgleich er eigentlich kein Recht habe, dennoch berechtigter sei, als der Nichtbesitzer. l. 5 D. si ususfr. l. 2 D. uti poss.[6]) Man könnte dies für unlogisch halten. Jedoch wird u. E. zutreffend das vollkommene Recht geleugnet und das unvollkommene zugesprochen. Dabei wird man aber anzuerkennen haben, daß die Savigny'sche Schule für die Fortentwickelung der Besitztheorie unendlich viel geleistet hat, indem sie den verschwommenen Ideen des Mittelalters gegenüber die totale Verschiedenheit des Besitzes vom definitiven Rechte, wenn auch zu scharf, markirte.

Gerade weil der Besitz ein halbes Recht, ein halbes Unrecht ist, erfreut er sich nicht des vollen Inhalts und des vollen Schutzes des definitiven Rechts. Seine Rechtsgarantien gewähren nichts als die Möglichkeit der körperlichen Herrschaft, also die bloße Möglichkeit, die Sache zu behalten, zu gebrauchen, zu vernichten. Durch die Ausübung dieser rechtlich geschützten Möglichkeit kann sich aber der Besitzer selbst verantwortlich machen. Zuweit geht daher Canstein, wenn er (conf. Grünhut, Zeitschrift Bd. V. 748) behauptet, daß der schlechtgläubige Besitzer das Recht habe, die Sache vorläufig zu benutzen und zu vertilgen. Er kann nur fordern, daß ihm die Möglichkeit hierzu gewährt werde. Ge-

[5]) l. 49 § 1 de poss.:

quia possessia non tantum corporis, sed et juris est.

l. 5 C. de liberali causa (jus possessionis), l. 44 pr. D. de poss. (jus possessionis, l. 7 C. ad legem Juliam 9. 12 (possessionis jura), l. 5 D. ad. leg. Jnl. 48. 6 de jure possessionis).

[6]) So auch Savigny S. 32: Wer bloß den Besitz einer Sache hat, hat damit gar kein Recht auf die Detention, aber er hat das Recht von jedem zu fordern, daß er überhaupt keine Gewalt gegen ihn brauche.

rade weil der Besitz ein unvollkommenes Recht ist, sind die Regeln des Civilrechts über den Erwerb und Verlust des definitiven Rechts für ihn nicht maßgebend, l. 1 § 3 u. 4 de poss.:

> „eam enim rem facti, non juris esse, quoniam res facti infirmari jure civili non potest."

Die Römer schälen aus dem Erwerbsakte des Civilrechts nur das corpus und den animus heraus und befreien diese von allen sonstigen rechtlichen Erfordernissen. Dies ist der Quell des Unterschiedes, aber auch der Aehnlichkeit der Erwerbsakte und Verlustsakte für Besitz und Eigenthum, l. 17 § 1 de poss. Wenn Savigny S. 44 sagt:

> „Da der Besitz ursprünglich ein Faktum ist, so ist seine Existenz von allen den Regeln unabhängig, welche das Civilrecht oder das jus gentium über den Erwerb und den Verlust von Rechten aufgestellt haben,"

so sind dies, abgesehen von der Begründung, welche wir nicht billigen, treffende Worte, die freilich ihre Kraft gegen sehr viele Lehren Savigny's selbst erproben dürften. Wenn dagegen Meischeider S. V sich dahin äußert, daß die Bestimmungen über den Erwerb, die Fortsetzung und den Verlust den Besitz zwischen dem Boden der bloßen Thatsache, auf den ihn die Dogmatik der Römer (sc. Savigny's) zu stellen gesucht hat, und dem Bereiche der subjektiven Rechte hin und her schwanken lassen, so übersieht er, daß die Römer diese Zwitterstellung zwischen Recht und Unrecht dem Besitze mit vollem Bewußtsein zugetheilt haben. Gerade sie ist sein ureigenster Charakter, und das Stellen des Erwerbs und Verlustes des Besitzes auf das corpus und den bloßen animus des Erwerbs- und Verlustaktes für das definitive Recht halten wir für das Meisterstück juristischer Logik.

Da wir den Besitz für ein Recht halten, entfällt für uns nicht die Frage, welcher Klasse von Rechten er anzureihen sei.

Der Besitz, die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, ist ein unmittelbares Recht an der Sache, ja das einzige unmittelbare Recht körperlicher Herrschaft, welches sich denken läßt. Alle übrigen Rechte werden nur dann unmittelbare Rechte körperlicher Herrschaft, wenn sie mit dem Besitze übereinfallen. Selbst der nichtbesitzende Eigenthümer hat nur eine actio, ein mittelbares Recht. Wenn man freilich den Besitz das einzige Recht an der Sache nennt, so ist dies eine Uebertreibung, da es auch mittelbare Rechte an Sachen giebt. Der Besitz kann seiner Natur nach nicht ein mittelbares Recht an der Sache oder eine Obligation sein.

Dagegen sind, abgesehen von den übrigen Rechtsgarantien, deren Natur wir am gehörigen Orte betrachten werden, die zum Schutze des Besitzes aufgestellten Pönal- und Schadenersatzklagen Obligationen, mögen sie aus dem durchgeführten interdictum retin. poss. oder sofort in dem interdictum unde vi gegeben werden. Ulpian sagt in der l. 1 § 3 D. de interdictis:

> Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen, ipsa personalia sunt.

Es ist für die Theorie Savigny's im hohen Grade bezeichnend, daß er den Besitz § 6 S. 48 in das Obligationrecht verweist. Das unmittelbare Recht geräth unter die mittelbaren, der Besitz und die Obligation, die äußersten Gegensätze, berühren sich und gehen in einander über. Hierin liegt der klarste Beweis, daß Savigny Besitz und Interdiktenrecht verwechselt.

Ein unmittelbares Recht kann aber auch durch Obligationen geschützt werden, wie dies bei dem Eigenthum und den zu seinem Schutze aufgestellten Schadensklagen der Fall ist.

---

§ 4a. Arten des Besitzes nach der Qualität des Rechts.

Im § 2 sind die Arten des Besitzes nach dem Umfange der Besitzhandlungen erörtert, zu denen er berechtigt; sie unterscheiden sich aber auch nach dem Mehr oder Weniger der rechtlichen Garantien. Es giebt einen vollkommenen Besitz, der mit allen rechtlichen Garantien ausgestattet, einen unvollkommenen Besitz, der nicht mit allen, sondern nur mit einigen Garantien umgeben ist, einen bloß körperlichen Besitz, der jeder Rechtsgarantie entbehrt (l. 10 C. de poss.).

Der Ausdruck „civilis" bejaht das Vorhandensein einer rechtlichen Garantie, während das Wort „naturalis" sie leugnet. Es sind relative Begriffe, die sich stets auf die gerade in's Auge gefaßte rechtliche Garantie beziehen.

Die Bezeichnung „civilis et naturalis possessio" umspannt das ganze Gebiet des Besitzes, den Besitz mit und ohne rechtliche Garantien.

Ueber den Begriff des civilen Besitzes sind die verschiedensten Meinungen aufgestellt.

Die Glossatoren und die mittelalterlichen Juristen verstanden unter possessio civilis zunächst den Besitz, welcher nach Auffassung der Römer durch den bloßen animus zurückbehalten wurde:

> ubi solo animo retinetur possessio, (Azo)

dann aber schließlich alle angeblich possessorischen Rechte der Nichtbesitzer (possessio ficta seu civilis), das gesammte vorläufige und definitive aber relative Recht, Alles endlich, was nicht gerade Eigenthum oder Obligation ist. Gestützt wird diese Ansicht zu Unrecht auf die l. 10 C. de poss., in der unter der possessio, quae jure consistit, das definitive aber relative Rückforderungsrecht verstanden werden soll. [1])

Andere Juristen zogen den Unterschied der possessio pro suo und pro alieno herbei:

> duplex ratio possessionis est, alia pro suo, quae est civilis, alia pro non suo, quae est naturalis [2]) (Martinus Gosia).

Hier wird wohl zu Unrecht der Gegensatz von vollständigem und unvollständigem Besitz verwerthet. Allerdings negirt der Ausdruck „naturalis possessio" auch die Vollständigkeit des Besitzes; sein eigentlicher Gegensatz ist aber dann das Wort „possessio" schlechtweg. Die Uebersetzung der possessio, quae jure consistit (l. 10 C. de poss.) durch Theophilus: „κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῆ δεσπόζοντος κατοχή" dürfte nicht ganz genau sein, wenn man auch zugeben muß, daß sich der Ausdruck zur Bejahung des eigentlichen Besitzes verwenden läßt, weil derselbe mehr Rechtsgarantien hat, als der unvollständige.

Schon richtiger wird unter Civilbesitz Besitz mit rechtlicher Bedeutung verstanden. [3])

Wir lassen uns hier auf eine Kritik der verschiedenen Ansichten nicht ein, da schon dadurch, daß wir den Schlüssen der Savigny'schen Deduktion polemisirend folgen, unsere Auffassung klar werden wird.

Savigny hält die possessio civilis für Usukapionsbesitz. Eigentlich versteht er aber darunter zweierlei, denn civiliter non possidere soll heißen:

a) keinen Usukapionsbesitz haben,
b) überhaupt keinen Besitz haben, und zwar aus einem Grunde des Civilrechts.

Possessio civilis und naturalis bedeuten danach einen doppelten Gegensatz:

a) Usukapionsbesitz und Nichtusukapionsbesitz,
b) vom Civilrecht anerkannten und von ihm reprobirten Besitz.

Die letztere Auffassung kommt der unseren sehr nahe, die erstere aber ist unrichtig, da die Usukapion keine civilrechtliche Garantie, sondern eine bloße Rechtsfolge des Besitzes ist.

---

[1]) Meischeider S. 140: „Die possessio civilis ist zu einem Inbegriff der Voraussetzungen geworden, unter welchen der Besitzer die Herrschaft über die Sache, die er wider seinen Willen verloren hat, klagend zurückfordern kann."

[2]) z. B. Pfeifer S. 6, 11, 13 folg. [3]) z. B. bei Vangerow § 99.

Savigny hat auch nicht ein einziges Quellenzeugniß für sich; bei einer unbefangenen Interpretation werden gerade alle von ihm gebrauchten Stellen gegen ihn zu verwenden sein und unsere Ansicht bestätigen.

A. Die l. 1 § 15 D. de poss., l. 16 D. de usurp. sprechen ausdrücklich von der possessio ad usucapionem. Nach der Savigny'schen Theorie ist es auffallend, weshalb nicht der Ausdruck possessio civilis als technische Bezeichnung gebraucht wird. Wir halten es aber in der That für unzulässig, den bloßen Usukapionsbesitzer, soweit man dabei das erst verjährende Rückforderungsrecht im Auge hat, soweit er also noch unberechtigt ist, einen Civilbesitzer zu nennen.

Sehr bezeichnend ist in dieser Beziehung die l. 10 C. de poss. Sie sagt, daß derjenige eigentlich gar nicht als Besitzer anzusehen sei, der in seinem Besitze noch angegriffen werden könne, also gerade der Usukapionsbesitzer.

B. Die Hauptstütze der Savigny'schen Ansicht sind die l. 9 u. 10 D. de vi:

> dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus.

Hiernach soll die beschenkte Ehefrau Interdiktenbesitz haben; in der l. 26 D. de don. 24, 1 wird ihr aber Civilbesitz abgesprochen (licet illa jure civili possidere non intelligatur), in der l. 1 § 2 pro donato Usukapionsbesitz (cessare usucapionem), also müssen nunmehr Civilbesitz und Usukapionsbesitz identisch sein. Es ist aber einer der gewagtesten Schlüsse, aus dem Umstande, daß zwei Prädikate in Beziehung auf ein Subjekt negirt werden, die Identität beider Prädikate zu folgern; damit läßt sich eben die Identität aller Prädikate beweisen. Savigny übersieht aber auch außerdem ein Doppeltes,

a) daß die vom Ehemanne beschenkte Ehefrau unter Umständen usukapirt,

l. 25 D. de donat.:

> sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem ejus admitti,

l. 3 D. pro donato:

> si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.

Diese Stellen stehen im direktesten Zusammenhange mit den von Savigny benutzten, und soviel Ueberlegung kann man wohl Justinian

zumuthen, daß er sich nicht in einem Athemzuge widerspricht. Es ist aber gerade der gewöhnlichste Fall der Usukapion, daß das Eigenthum des Auktors ergänzt werden soll, daß also ein Rechtsgeschäft über eine fremde Sache vorausgesetzt wird. Da also die beschenkte Ehefrau unter Umständen usukapirt, ihr aber Civilbesitz überhaupt abgesprochen wird, können possessio civilis und possessio ad usucapionem nicht identisch sein. Nur der Usukapionsbesitz der Eheleute untereinander wird geleugnet:

si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio;

b) daß der beschenkte Ehegatte dem anderen gegenüber noch nicht einmal besitzt:[4])

l. 46 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1:

inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

Es ist das Willkürlichste an Interpretation, wie Savigny diese Stelle seinem Systeme einfügt: „Hier werde offenbar nicht der Besitz geleugnet, sondern die Schenkung" (S. 80 Note 1). Also das soll man dem Ulpian zumuthen, daß er zwar ausdrücklich gesagt hat, nicht einmal der Besitz könne zwischen Eheleuten verschenkt werden, daß er aber Alles, nur nicht den Besitz gemeint hat. Eher könnte man sich dann noch die Erklärung gefallen lassen, wonach die l. 46 cit. die Schenkung eines Provinzialgrundstücks im Auge haben soll. Ulpian spricht dann freilich nur eine Phrase aus. Die Sache liegt aber u. E. dahin: Zwischen den Eheleuten bewirkt die Schenkung weder den Usukapionsbesitz, noch den Besitz des Beschenkten überhaupt. Der Schenker kann sich einfach die Sache wieder nehmen. Frage aber war, ob der schenkende Ehemann sich hierzu auch der vis atrox bedienen konnte, ob es ihm erlaubt war, die beschenkte Ehefrau, die doch immer natürlich besaß, gewaltsam zu dejiziren, und überhaupt, ob der beschenkten Ehefrau das interdictum unde vi zustand, wenn sie selbst dejizirt wurde. Die l. 10 D. de vi spricht nun für diesen Fall der beschenkten Ehefrau das Interdikt sowohl gegen Dritte wie gegen ihren Ehemann zu. Frage war aber ferner, wem das Interdikt zugesprochen werden sollte, wenn der auf dem geschenkten Gute sitzende Kolon dejizirt wurde. Da die Ehefrau dem Ehemanne gegenüber im Rechtssinne nicht besitzt, wird es dem letzteren zuerkannt. Daß aber die beschenkte Ehefrau, so lange der Ehemann seinen Willen nicht zurückgezogen hat, gegen Dritte besitzt und usukapirt,

[4]) Daß der Besitz dem schenkenden Ehemanne gegenüber eigentlich nicht vorhanden sei, erkennen auch die Basiliken in der Erklärung der l. 1 § 4 de poss. an: „ὅτε δὲ θέλει ὁ ἀνὴρ, λύει τὴν νομήν". Und diese Ansicht erscheint um so richtiger, weil die Schenkung überhaupt von dem Willen des Geschenkgebers abhängig war (ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitae supremum exitum l. 32 § 3 D. 24. 1).

kann nach den Pandektenfragmenten keinem Zweifel unterliegen, l. 1 § 4 de poss., l. 1 § 2 pro donato, l. 3 eodem, l. 25 de donat.[4a])

Um deshalb wird also der beschenkten Ehefrau Civilbesitz abgesprochen, weil sie dem Ehemanne gegenüber der Rechtsgarantien der Regel nach entbehrt.

C. In der l. 7 § 1 D. ad exhibendum heißt es:

> sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum; et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

Weshalb soll man aber ein Rad nicht usukapiren, welches man unter einer Usukapionskausa erworben und nur zufällig einem Wagen angefügt hat? Selbst Savigny wird sein Begriff des Civilbesitzes sehr unbequem, da er im § 22 lehrt, daß die Usukapion des Ganzen auch die Usukapion der Theile bewirke, und aus der l. 30 § 1 de usurp. 41. 3 zur Evidenz folgt, daß die Usukapion eines derartigen Rades möglich sein muß. Nun wird der Schlußsatz der l. 7 § 1 cit. dahin interpretirt: selbst wenn auch die civilis possessio fehlen sollte, so daß Ulpian trotz seiner Worte anzunehmen hat, daß im Grunde possessio civilis vorhanden sei, auch muß eine stets verwendbare Kontroverse zwischen den römischen Juristen aushelfen (S. 269 Note 3).[4b]) Ulpian leugnet aber um deshalb den Civilbesitz des dem Wagen angefügten fremden Rades, weil der Besitzer noch verschiedener rechtlicher Garantien entbehrt, z. B. das Rad nicht behalten darf; beim tignum junctum ist dies eine andere Sache, da es zumal nach erfolgter Schadloshaltung nicht zurückgefordert werden kann (l. 6 eodem).

D. Unter den Ausdrücken civilis und naturalis possessio fassen die Römer den gesammten Besitz zusammen. Savigny führt S. 77 mit Bezug auf die l. 3 § 15 D. ad exhib. treffend aus, daß dies Gesetz die Person aller Verklagter bestimmen solle, welche der actio ad exhibendum haften. Aber er übersieht, daß nach seiner Theorie ein Verklagter fehlt, der besitzende Eigenthümer und derjenige, welcher dem Kläger gegenüber das definitive Recht zu behalten hat. Auch diese haften der actio ad exhibendum auf Darstellung der Sache, soweit der Kläger ein rechtliches

[4a]) Wie die gesammte moderne Literatur darauf besteht, die l. 9 u. 10 de vi lediglich auf den Fall zu beziehen, daß die Frau von einem Dritten dejizirt wird, ist nicht ersichtlich. Dem Dritten gegenüber ist sie keine beschenkte Ehefrau, gegen den Dritten ist die causa des Besitzes grundsätzlich gleichgiltig, und selbst wenn sie ihren Ehemann dejizirt hätte, würde sie das Interdikt haben, l. 1 § 30 de vi.

[4b]) Daß eine Kontroverse nicht vorliegen kann, folgt auch daraus, daß die l. 30 § 1 de usurp. von demselben Pomponius herrührt, der in der l. 7 § 1 ad exhib. erwähnt wird.

Interesse hat.[5]) Gerade diese Fälle behandeln die vorhergehenden Fragmente und Paragraphen, und § 15 bildet den Uebergang von der civilis possessio zur naturalis. Hierbei wird dann zunächst ein zweifelhafter Fall, der des Faustpfandgläubigers, vorgetragen, von dem der Jurist wenigstens nicht entscheidet, ob er zur civilis oder naturalis possessio zu rechnen ist.

Dieselbe Auffassung spiegeln die Stellen wieder, welche die Regel vortragen, daß Niemand sich den Titel seines Besitzes ändern könne, eine Regel, die gegen Civilbesitzer und Naturalbesitzer anwendbar sein soll. Weshalb Savigny ihre Beziehung auch auf den Besitz des Eigenthümers und des relativ Berechtigten so ganz verkennt und statt dessen eine merkwürdige Geschichte von der Entstehung der Regel erfindet, ist schwer einzusehen.

l. 2 § 1 pro herede, l. 33 § 1 de usurp., l. 3 § 19, 20, l. 19 § 1 de poss., l. 2 § 21 pro emtor., l. 1 § 2 pro donat., l. 6 § 3 de prec.

E. Savigny sagt, unter possessio civilis müsse der Besitz verstanden werden, welchen das Civilrecht anerkennt. Der Usukapionsbesitz wird aber vom Civilrecht als Recht noch nicht anerkannt, er ist erst werdendes Recht.

Die civilis possessio ist der mit rechtlichen Garantien mehr oder weniger ausgestattete Besitz. Bei dieser Auffassung ergiebt sich die Bedeutung der besprochenen Stellen von selbst. Der Usukapionsbesitz wird noch nicht Civilbesitz genannt, weil er es erst werden, d. h. eine durch seinen Begriff negirte rechtliche Garantie erst erlangen soll. Trotzdem die vom Ehemanne beschenkte Ehefrau unter Umständen, und der bonae fidei Erwerber eines Rades, der es seinem Wagen anfügt, stets usukapiren können, wird ihnen Civilbesitz abgesprochen, weil sie herausgeben müssen, jeder Besitzer, mag er das definitive Recht zu behalten haben oder nicht, mag sein Besitz mit rechtlichen Garantien umgeben sein oder nicht, haftet der actio ad exhibendum, soweit der Kläger ein Interesse hat, und kein Besitzer, auch nicht der definitiv Berechtigte, kann sich den Titel seines Besitzes ändern. Daher haben Sklaven und Haussöhne keinen civilen Besitz, weil der Herr oder Vater ihnen denselben nicht bloß durch Klage ablangen, sondern auch ohne Weiteres fortnehmen kann, weil die rechtlichen Garantien lediglich zu Gunsten des Herrn oder Vaters aufgestellt sind; hiernach erklärt sich auch eine sonst weniger

[5]) Die l. 9 D. de R. V., welche in gleicher Weise die Person der Verklagten für die Vindikation bestimmen will, läßt deshalb den Civilbesitzer fort, weil sie die nicht rechtliche Seite des Besitzes im Auge hat.

beachtete Stelle l. 20 § 1 de precario. Wenn ein Pupill eine Sache erwirbt, so verhindert oder bewirkt erst die auctoritas des Vormundes, daß das Geschäft Rechtsgültigkeit erlangt, der erworbene Besitz also sich zum Civilbesitz steigert. Wenn aber der Pupill die Sache precario erlangt hat, so haftet er so wie so nur, soweit er die Sache hat; die auctoritas des Vormundes kann den Besitz nicht noch natürlicher machen, als er es schon ist;

> nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritati.[6] [6a])

Hiermit stimmen auch die Uebersetzungen und Erklärungen in den Basiliken überein. Basil. 60, 17 c. 7 § 7 zur l. § 9 D. de vi:

> πολιτικῶς νέμεσθαι ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δορεᾶς, φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ καλῇ πίστει νομεύς· ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα.

Das politische Gesetz erkennt auch noch nicht den Besitz im guten Glauben[7]) als begründet an, sondern nur denjenigen, welcher sich auf ein rechtsgültiges Geschäft stützt. Der politische Besitzer ist der legitime Besitzer, dem Niemand mehr die Sache entziehen kann. Dem gegenüber wird der Usukapionsbesitzer sogar den bloß physischen Besitzern angereiht. Wenn es ferner heißt:

> τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶ ἔννομοι καὶ πολιτικαὶ, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἐντερδίκτων·

so wird bei Erklärung dieser Stelle wohl übersehen, daß der auf abgelaufener Usukapion beruhende Besitz zum civilen und legitimen Besitz geworden ist.

Wir kehren zu unsrem Ausgangspunkte zurück. Auch die Basiliken kennen die Dreitheilung der l. 10 C. de poss.:

a) vollkommen geschützter Besitz, πολιτικὴ νομὴ, possessio legitima,
b) unvollkommen geschützter Besitz, νομὴ κατὰ τοὺς νόμους, possessio, quae jure consistit,

---

[6]) Wenn die l. 1 § 4 D. de poss. sagt, daß das Civilrecht, die Regeln über den Erwerb des definitiven Rechts, mit dem Besitzerwerbe nichts zu thun habe, so gilt dies wohl für jeden Besitz, auch den Usukapionsbesitz, da auch dessen Erwerb abweichend vom Civilrecht normirt werden muß, weil es sonst der Usukapion gar nicht mehr bedürfte.

[6a]) Charakteristisch ist auch die l. 11 D. de A. R. D., in der es heißt, daß ein Pupill keine Sache veräußern könne, nicht einmal den Besitz, der ein natürlicher sei. Es ist damit ein Besitz gemeint, welcher der Garantien des Eigenthumsrechtes entbehrt.

[7]) Dafür, daß zu Gunsten der Savigny'schen Theorie κακῇ gelesen werden müsse, hat Rudorff (S. 619) einen Grund wenigstens nicht angegeben.

c) Besitz ohne Rechtsgarantien, νομὴ φυσικὴ, possessio quae corpore consistit.

Die Begriffe zu b) und c) werden selbstverständlich immer allgemeiner, weil sie das Weniger der rechtlichen Bestimmungen enthalten. Der Ausdruck „civilis possessio" muß nothwendiger Weise ein schwankender Begriff bleiben, weil er die ganze Reihe der Berechtigungen, von der Vollkommenheit an bis zur geringsten Berechtigung, durchläuft, und grundsätzlich nur der Besitz ohne jede Rechtsgarantie ausgeschlossen ist.[8]) Der in jeder Beziehung civile Besitz ist gleich dem legitimen.

§ 5. Das Recht aus der Eintragung.

Den Tabularbesitz definirt Randa als die Thatsache der bücherlichen Verschreibung, des bücherlichen Eintrags eines Rechtes für Jemanden (S. 55), als den allerdings auch faktischen Zustand des Erscheinens eines Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern (S. 68). Auch hier ist es nicht das Recht selbst, sondern sind es die Bedingungen desselben, aus welchen die Momente der Begriffsbestimmung entnommen werden.

Das A.b.G.B. verordnet im § 322, daß das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zustehe, welcher als Besitzer der unbeweglichen Sache eingeschrieben ist, es faßt die Eintragung als bücherlichen Besitz auf, aber dennoch dürfte Randa dahin beizutreten sein, daß dem Tabularbesitzer als solchem, d. h. wenn er nicht körperlich besitzt, nicht ein einziges Besitzrecht zusteht, daß die Besitzrechte vielmehr dem physischen Besitzer gebühren. Der bloß Eingetragene hat das Recht unmittelbarer körperlicher Herrschaft überhaupt nicht, auch er macht sich strafbar und verfällt dem Interdikt, wenn er gegen den Willen des wirklichen Besitzers ohne Richter und Urtheilsspruch eigenmächtig auf die Sache einwirkt; auch er ist, was den Besitz betrifft, zurückgedrängt auf ein mittelbares Recht, ein Forderungs- oder Rückforderungsrecht. Es wäre mindestens wunderbar, wenn der eingetragene Eigenthümer, der nicht besitzt, über die Störung eines Dritten im Besitze sich beklagen könnte.[1])

[8]) Zu konstatiren ist noch, daß der Ausdruck „civilis possessio" nicht leicht für den Besitz ohne das interdictum uti possid. gebraucht wird, daß er auf das Gebiet des unvollständigen Besitzes nicht übertragen worden, auf diesem vielmehr die Bezeichnungen justa und injusta verwendet werden. l. 13 § 1 de P. A.

[1]) Der § 7 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 verordnet zwar, daß der eingetragene Eigenthümer kraft seiner Eintragung befugt sei, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben; ob aber der bloß Eingetragene, trotzdem er gar nicht

Ebenso wenig verbindet sich mit der Eintragung das vorläufige Recht. Randa spricht mit Recht dem bloßen Tabularbesitzer jedes Interdikt ab. Für das österreichische Recht stützt er sich auf den § 5 der kaiserlichen Verordnung vom 27. Oktober 1849, welcher bestimmt, daß es im Besitzstörungsverfahren einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes ankomme; doch dürfte diese Auffassung allgemeine Geltung beanspruchen können, da, wenn nicht eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift vorliegt, es unerhört ist, einen Verkäufer, der die Rechtsgültigkeit des Geschäftes und der Intabulation bestreitet, zur vorläufigen Räumung zu zwingen, um ihn nachher womöglich wieder in den Besitz einzuführen. Denken ließe sich freilich eine dahin gehende gesetzliche Bestimmung, daß der Tabularbesitzer vorläufig in den Besitz einzuweisen sei.

Besitz Jemandem zuzusprechen, der nicht besitzt, ist ein logischer Widerspruch, und eine derartige Behauptung kann nur auf einer Rechtsfiktion beruhen, welche deutlich zeigt, daß es der Wissenschaft nicht gelungen ist, einen den wirklichen Verhältnissen entsprechenden Ausdruck zu finden; ja nicht einmal das materielle Recht, den Besitz zurückzufordern, zu behalten oder zu fordern, braucht sich mit der Eintragung zu verbinden, wenn ihre causa ungültig ist.

Ebenso richtig wird ausgeführt, daß der physische Besitz zur Ersitzung berechtigt, daß er selbst der Eintragung gegenüber das materielle Recht an sich zu ziehen geeignet ist, so daß selbst der eingetragene Eigenthümer, der den entgegenstehenden Besitz die Ersitzungszeit über duldet, zur Umschreibungsbewilligung verpflichtet ist. Es läßt sich in der That nur als eine Ueberspannung des Rechts aus der Eintragung bezeichnen, wenn man von dem Gedanken ausgeht, daß die bloß formale Eintragung alles materielle Recht und so auch das werdende Recht in sich vereinigen soll. Wenn ein dreißigjähriger Besitz und eine dreißigjährige Eintragung sich gegenüber stehen, dürfte es jedem Rechtsgefühle widersprechen, das materielle Recht der langdauernden Eintragung, nicht aber dem Besitze zuzuweisen, und die Besitzer, die schon so lange besitzen, daß sich der Grund ihres Rechts nicht mehr feststellen läßt, zu Gunsten der formalen Eintragung zu expropriiren.

Erwerb und Verlust des Rechts aus der Eintragung und des Besitzes regeln sich endlich nach ganz anderen Prinzipien.

---

im Besitze gestört werden kann, dennoch die Klage wegen Besitzstörung hat, und nicht vielmehr der daneben stehende Natural- oder Civilbesitzer, dürfte sich sehr bezweifeln lassen.

Trotzdem also das A. b. G.B. im § 322 Tabularbesitz und wirklichen Besitz identifizirt, trotzdem nach § 321 der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechts durch die ordentliche Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt werden soll, ist doch wirklicher Besitz hiermit am allerwenigsten gemeint.

Der preußische Gesetzgeber fällt in dem Gesetze vom 5. Mai 1872 in das entgegengesetzte Extrem: er nennt das Recht aus der Eintragung Eigenthum, trotzdem es mit diesem noch weniger zu thun hat, als mit dem Besitze. Der s. g. eingetragene Eigenthümer braucht kein materielles Recht an der Sache zu haben, weder ein unmittelbares noch ein mittelbares. Wenn er aus einem nichtigen Geschäfte die Eintragung ohne den Besitz erlangt hat, wird ihm die exceptio aus der Nichtigkeit des Geschäfts mit vollem Recht entgegengesetzt, mag man auch formell den Besitzer zur Anstellung der Rekonvention auf Rückauflassung zwingen[2]). Sollte der s. g. eingetragene Eigenthümer den Besitz in dem Bewußtsein seines Unrechts erlangt haben, so haftet er der Rückforderungsklage sogar als malae fidei possessor, und wenn er bei bestehender Eintragung über das Grundstück verfügt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er sich wenigstens civilrechtlich verantwortlich macht. Es ist aber ein sonderbares Eigenthum, dessen Ausübung Schadensersatzklagen erzeugt, trotz dessen man der Restitutionsklage wo möglich als malae fidei possessor unterworfen bleibt.

Durch die nicht gebilligte Auffassung ist der preußische Gesetzgeber u. E. verleitet worden, die materiellen Rechte des Besitzes, sowohl des naturalen wie des civilen, zu verkennen, die für das materielle Recht unbedingt erforderliche Ersitzung aus dem Rechtssysteme zu entfernen und die Regeln für den Erwerb und Verlust des Rechts aus der Eintragung dem civilen Rechte zu entlehnen. Ihm gegenüber scheint uns Randa Recht zu haben, wenn er S. 70 bemerkt, daß das dem Erwerbe und

[2]) conf. § 7 l. c. Abs. 2. Dies Gesetz spricht zwar nur von dem Rechte auf Bewilligung der Eintragung aus einem Rechtsgeschäfte, und die Praxis neigt dazu trotz der entgegenstehenden Tendenz des Gesetzgebers, die Bucheintragung möglichst zu erzwingen, es strictissime zu interpretiren. Daß es aber an sich nur eine zwecklose und sogar gefährliche Formalität enthält, dürfte sich schwerlich leugnen lassen, da sich der Besitzer trotz angestellter Rekonvention nicht eintragen zu lassen braucht. Ja man könnte zweifeln, ob, wenn Jemand (A.) in Folge einer nichtigen Auflassung eingetragen ist, und der noch berechtigte Besitzer (B.) das Grundstück einem Dritten (C.) rechtsgültig tradirt hat, diesem Dritten (C.) die Rekonvention auf Bewilligung der Eintragung gegen A. zusteht, da C. und A. in keinem obligatorischen Verhältniß zu einander stehen. Daß aber die Klage des A. auf Tradition des Grundstücks unbegründet ist, dürfte nicht zweifelhaft sein.

Verluste des Tabularbesitzes zu Grunde liegende Prinzip lediglich das Erscheinen des Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern sein könne, ihm dürften in analoger Anwendung die Aussprüche der Römer entgegenzustellen sein, daß Eintragung und Eigenthum nicht verwechselt werden dürfen (l. 52 D. de poss.), daß der Erwerb der naturalen Eintragung eine res facti sei und mit den Regeln des Civilrechts nichts zu thun habe (l. 1 § 3. 4 eodem)[3])

Der österreichische Gesetzgeber nennt also das Recht aus der Eintragung Besitz und meint die Besitzrechte damit am wenigsten, der preußische Gesetzgeber nennt es Eigenthum, kann aber das materielle Recht gar nicht damit meinen. Trotzdem, daß das Recht aus der Eintragung die schönste Frucht moderner Rechtsentwicklung ist, scheint doch die wissenschaftliche Erkenntniß und Beherrschung desselben nicht sehr sicher zu sein.

Es giebt zwei unmittelbare Rechte an Sachen, das Recht der körperlichen Einwirkung, den Besitz, das Recht der rechtlichen Verfügung, die Eintragung. Das Recht aus der Eintragung ist das formale Verfügungsrecht, welches zu der in den gesetzlichen Formen auszuübenden Bestimmung berechtigt, wer das materielle Recht haben soll[4]).

Auch hinsichtlich der formalen Eintragung ist die Frage aufzuwerfen: ist sie ein Recht oder ein bloßes Faktum? Da Randa den wirklichen

---

[3]) Die Entstehungsgeschichte dieser Verwechselung scheint uns klar zu liegen. Im römischen Rechte stand das formale Recht der Verfügung in festester Verbindung mit dem materiellen Rechte, und diese Auffassung findet ihren entsprechenden Ausdruck in dem Satze, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. l. 20 pr. D. de acq. rer. dom. Das preußische Landrecht definirt das Eigenthum in erster Stelle als formales Verfügungsrecht. (I. 8 § 1). Die modernen Gesetzbücher kennen nun gar keinen Unterschied mehr zwischen dem formalen Verfügungsrechte und dem materiellen Eigenthume, und dadurch ist der gerade nicht bewunderswerthe Rechtszustand herbeigeführt, in dem die Bestimmungen über formales und materielles Recht in einander laufen und sich verwirren.

[4]) Die Verwechselung der beiden unmittelbaren Rechte, des Rechts der körperlichen Einwirkung und des formalen Verfügungsrechtes, ist übrigens eine sehr alte. So sagt Leyser Med. ad pand. sp. 452 Nr. 6. 7: „Possessor chirographi nomen possidere videtur.“ Unseres Erachtens nur in Folge dieser Verwechselung findet Ihering S. 55 eine schlagende Parallele zwischen dem Besitze und den Inhaberpapieren. Der Inhaber des Papiers hat zwar das Verfügungsrecht über die Forderung, nicht aber den Besitz derselben. Am wenigsten vermögen wir Meischeider beizutreten, wenn er S. 369 sagt: „Die in Rede stehenden Sätze des römischen Rechts müssen, sobald die angebahnte Rechtsentwicklung mit der Anlegung von Grundbüchern im Sinne der preußischen Gesetzgebung Boden gefunden haben wird, zu den Antiquitäten (?) gelegt werden.“ Das Recht aus der Eintragung und Besitz sind durchaus verschiedene Begriffe, und die Einführung des einen hebt nicht den andern auf.

Besitz ebenfalls als bloßes Faktum ansieht, ist es konsequent, wenn er in dem Tabularbesitze nur die Thatsache der bücherlichen Verschreibung erblickt. Da aber der preußische Gesetzgeber die Eintragung als Eigenthum bezeichnet, sie also zum Range des vollsten Rechtes erhebt, scheiden sich selbst hier die Schulen Savigny's und Ihering's. Zwar wird auch hier der praktische Erfolg zu Gunsten der Savigny'schen Richtung sprechen, weil sie allein im Stande ist, die Unterschiede der Eintragung und des civilen Rechts auseinander zu halten, die Wahrheit dürfte aber trotzdem wieder in der Mitte liegen.

Die bloße Eintragung ist ein halbes Recht, ein halbes Unrecht. Die Gesellschaft garantirt dem als Eigenthümer Eingetragenen unter allen Umständen das Verfügungsrecht. Seine Verfügungen haben Rechtskraft, mag ihm auch nicht die Ahnung eines materiellen Rechts zustehen. Er befindet sich aber insofern im Unrecht, als er dem Berechtigten wo möglich als malae fidei possessor herauszugeben hat und sich durch seine an sich rechtsgültigen Verfügungen verantwortlich macht. Grade die rechtliche Anerkennung von der einen Seite, die Mißbilligung von der anderen ist das Charakteristische wie beim Besitze, so auch bei der Eintragung[5]).

Mit der letzteren mag man die Vermuthung des Rechts verbinden, es läßt sich aber nicht billigen, wenn man in ihr das gesammte materielle Recht, selbst das werdende zu vereinigen sucht. Materielles Recht und Recht aus der Eintragung sind vielmehr sorgfältig zu scheiden. Die Auffassung des Gesetzgebers, daß Eigenthum und Eintragung zusammenfallen, hat keine tiefere philosophische Begründung, als der Satz, daß alle Besitzer Eigenthümer seien.

Die Regeln über Erwerb und Verlust des Rechts aus der Eintragung sind abgesehen von jedem Civilrecht aufzustellen. Der Glaube des Grundbuchs fordert, daß lediglich das Faktum der Eintragung und Löschung entscheidend ist, und selbst der mangelnde Wille des Veräußerers das Verfügungsrecht nicht zerstört. Das in den preußischen Gesetzen vom 5. Mai 1872 adoptirte Konsensprinzip und die Auflassung dürften keine weitere Bedeutung zu beanspruchen haben, als die von Instruktionsvorschriften bezw. der Intabulationsklausel. Das alt germanische Recht stellt freilich durch das in der Auflassung liegende Aufgebot an der Dingstatt das nicht anfechtbare Verfügungsrecht des Veräußerers erst fest,[6])

[5]) Die Eintragung kann daher ebenfalls eine civile oder naturale sein, je nachdem sich mit ihr rechtliche Garantien oder das definitive Recht verbinden oder nicht. Die bloße Eintragung Eigenthum zu nennen, dürfte denn doch ein logischer Widerspruch sein.

[6]) Die Reste dieser Auffassung haben sich in den Bestimmungen erhalten, nach welchen die Verfügungen des materiell Unberechtigten erst nach einer bestimmten Zeit

jetzt ist das Verfügungsrecht allein in dem Faktum der Eintragung begründet, und die Auflassung ist mindestens überflüssig.

Dagegen ist es richtig, daß nunmehr auch durch die Eintragung das Recht an der Sache dem Kreise der Obligationen entzogen, und daß es durch sie zum unzerstörbaren Recht wird, indem ihm jede Verfügung des Auktors, Tradition oder Vertrag, unschädlich ist. Nicht richtig aber dürfte es sein, wenn man meint, daß dadurch die Tradition ihrer derartigen Funktionen gänzlich entsetzt ist. Auch jetzt darf das durch Besitz gesicherte unmittelbare Recht nicht auf gleicher Linie mit der Obligation behandelt werden, auch jetzt muß es gesichert sein gegen die Verfügung des Auktors durch Vertrag. Nur wenn man ängstlich festhält an der Zweigliederung des gesammten Vermögensrechtes, wird man zur Verkennung der scharfen Unterscheidungen der einzelnen Rechtsbildungen genöthigt werden.[7])

Rechtsgültigkeit erlangen sollen. So hält z. B. Randa (S. 69) derartige Verfügungen nach österreichischem Rechte zwar dann für sofort rechtsgültig, wenn das materiell und formell gültig erworbene bücherliche Recht durch nachträgliche, nicht eingetragene Thatsachen geändert oder aufgehoben wurde, bei ursprünglicher Ungültigkeit des eingetragenen Rechts aber nur dann, wenn der durch den Eintrag verkürzte und gehörig verständigte Interessent binnen der Rekursfrist nicht um die Streitanmerkung angesucht hat. (conf. dagegen die Meinung von Unger und Exner in der Note 25.) Bei einer derartigen Auffassung könnte der öffentliche Akt der Auflassung wenigstens eine rechtliche Bedeutung haben, vorausgesetzt, daß er überhaupt kundbar würde, und der materiell Berechtigte dadurch die Gelegenheit gewönne, sein Recht geltend zu machen. Wenn ihm aber der Widerspruch gegen die erfolgte Auflassung so wie so abgeschnitten wird, ist es ganz gleichgültig, ob er sie erfährt.

[7]) Wir stellen hier die im Texte dargestellten Unterscheidungen zusammen:

a) unmittelbares und mittelbares Recht, Recht der Besitzer und der Nichtbesitzer (eingetragenes und nicht eingetragenes Recht);
b) vorläufiges und definitives Recht;
c) absolutes und relatives Recht, je nachdem der Besitzer gegen Jeden behalten, der Forderungs- oder Rückforderungsberechtigte fordern und dann ebenfalls gegen Jeden behalten kann oder nicht;
d) nicht obligatorisches oder obligatorisches Rückforderungs- oder Forderungsrecht, je nachdem das Recht mit den Obligationen in Konkurrenz steht oder nicht;
e) unzerstörbares und zerstörbares Recht, je nachdem es durch die Verfügung eines Dritten vernichtet werden kann oder nicht.

Namentlich die Unterschiede zu c und e verschwinden unter der Bezeichnung „dingliches Recht". So sagt auch Randa S. 54 Note 2: „Es ist eine natürliche Folge der Dinglichkeit eines Rechts, daß dasselbe gegen jeden Dritten wirksam — absolut — ist." Aber bei der Unterscheidung zu c hat man die Vergangenheit und Gegenwart des Rechts im Auge, bei der zu e die Zukunft desselben, bei der Unterscheidung zu c wird gefragt, ob dem Rechte ein materielles Recht, den Besitz zu fordern oder zu behalten, bei der zu e, ob ihm ein formales Verfügungsrecht entgegensteht. Es kann

Inhalt, Schutz und Rechtsfolgen des Besitzes.

§ 6. Inhalt des Besitzrechtes und die mit ihm verbundenen Rechtsgarantien und Rechtsfolgen.

Savigny und seine Nachfolger kennen einen Inhalt des Besitzes nicht; sie sprechen von rechtlichen Folgen und vom Schutze desselben, trotzdem sich schwer enträthseln läßt, weshalb der römische Prätor dieses rechtlich Indifferente, also dieses rechtliche Nichts geschützt hat.

Ihering vindizirt dem Besitze zwar einen Inhalt, indem er ihn eine Eigenthumsposition, ein Vorwerk des Eigenthums, die Thatsächlichkeit desselben nennt; wir glauben aber schwerlich, daß Jemand aus diesen Worten eine klare Vorstellung vom Inhalte des Besitzrechtes wird entnehmen können. Die Eigenthumsposition, die doch nicht das Eigenthum ist, das Vorwerk des Eigenthums, das aber doch nicht zur Festung des Eigenthums gehört, die Thatsächlichkeit des Rechts, die aber doch nicht mit dem Rechte zusammenfällt, sind widersprechende Begriffe, sie decken den Inhalt des Besitzes nicht auf, sondern verhüllen durch ein geistreiches Wort die sich gegenseitig verschiebenden Vorstellungen, welche die mittelalterliche Jurisprudenz sich vom Besitze gemacht hat.[1]) Der Besitz im juristischen Sinne hat aber zum Inhalte die Möglichkeit körperlicher Herrschaft. Das Gesetz garantirt dem Besitzer die Möglichkeit,

a) in dem Grundstücke zu sein, die Gewahrsam der Sache zu haben,

b) die Akte körperlicher Herrschaft auszuüben,

c) die Ausübung derartiger Akte Seitens Dritter zu verhindern.

Wie weit einzelne Befugnisse unbeschadet des Besitzbegriffes ausscheiden können, haben wir schon oben ausgeführt.

Die Rechtsgarantien, durch welche das Resultat erreicht wird, sind

---

ein Recht absolut sein, wie das Forderungsrecht, wenn der Berechtigte fordern und dann gegen Jeden behalten kann, es braucht aber nicht unzerstörbar zu sein, wie das nicht eingetragene Forderungsrecht, es kann ein Recht relativ sein, wie das Rückforderungsrecht aus der publizianischen Klage und dennoch ist es nicht zerstörbar, sondern unzerstörbar, indem der Besitzer durch seine Verfügungen es nicht vernichtet. Wir wagen es kaum zu hoffen, bei den durch Einfügung des Rechtes aus der Eintragung noch komplizirter werdenden Rechtsverhältnissen zur Klarheit zu gelangen, so lange die Worte: dingliches Recht und Obligation alle wirklichen Unterschiede verdecken.

[1]) S. 131 nennt Jherig den Besitz eine Schutzwehr des Eigenthümers gegen Alle, welche unmittelbar in die Thatsächlichkeit seines Rechts eingreifen. Es ist dies eine Schutzwehr des Eigenthümers, hinter der auch der Nichteigenthümer stecken kann.

theils solche, welche mit dem Besitze verbunden auftreten, theils Rechte der Nichtbesitzer, welche den verlorenen Besitz wieder herstellen.

A. Das Recht der Gewalt gegen die Gewalt.

Der Besitz giebt zunächst das Recht, gegen die Gewalt durch Gewalt zu behalten. Dies Recht bildet einen Theil seines Inhalts und ist gleichzeitig eine rechtliche Garantie des Besitzes. Mag auch der Besitzer durch die Einwirkung auf die Sache in Folge seines etwaigen schlechten Glaubens sich selbst verantwortlich machen, dennoch leistet er mit Recht und straflos sogar dem definitiv Berechtigten Widerstand, wenn er dejizirt oder im Gebrauche der Sache verhindert, oder wenn gegen seinen Willen auf dieselbe eingewirkt oder sie benutzt werden soll. Bei der Behauptung des Besitzes ist es erlaubt, Gewalt zu gebrauchen.

l. 5 § 10 de O. N. N.:

Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione.

l. 6 § 1 si servitus vindic. 7. 6:

Idem et si lapilli ictu impedierit.

Die citirten Stellen behandeln die gewaltsame Aufrechterhaltung des Besitzes und diejenige, welche sich durch Vermittlung des Prätors vollzieht, auf einer Linie; nach der modernen Auffassung der herrschenden Theorie soll es aber nicht einmal als eine Folge des Besitzes aufzustellen sein, daß der Besitzer mit Gewalt seinen Besitz vertheidigen darf. Savigny wie Randa meinen, daß dieses angebliche Recht des Besitzers kein civilrechtlicher Schutz desselben sei.[2])

Andrerseits wird von den Römern der gewaltsame Eingriff in eine fremde Besitzsphäre auch als ein mit civilrechtlichen Folgen verbundenes Unrecht aufgefaßt, mag er auch vom Eigenthümer ausgehen. Schärfer als Justinian in der l. 7 und l. 11 C. unde vi kann man es gar nicht betonen, daß das

„invadere possessionem ante eventum judicialis arbitrii“

„usurpare possessiones per suam auctoritatem“

[2]) Savigny S. 37. — Randa S. 77. Der letztere spricht von dem Rechte des Besitzers, wenn richterliche Hülfe zu spät käme, Gewalt mit Gewalt abzuwehren. Darin läßt sich keine Verbesserung der im Texte gegebenen Savigny'schen Formulirung erblicken, da die gewaltsame Abwehr des Eingriffs in die Besitzsphäre erlaubt ist, mag richterliche Hülfe zu erlangen sein oder nicht. Die abweichende Formulirung beruht auf der Fassung der östreichischen Gesetzbücher.

auch ein civilrechtliches Unrecht ist, dem mit Recht Widerstand geleistet wird.[3])

Die Römer fassen das Recht, sich im Besitze gewaltsam zu behaupten, als ein Recht des Besitzers auf, l. 1 C. unde vi:[4])

recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

Celsus sagt in der l. 18 § 3 D. de poss.:

si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit: non illico desiisse possidere existimandus sum facile expulsurus finibus, simul sciero.

Das Recht der gewaltsamen Selbsthülfe wird hier sogar als die einzige Rechtswirkung des als noch vorhanden angenommenen Besitzes aufgefaßt. Die gleiche Anschauung findet sich in der l. 1 § 24, § 27, l. 3 § 9 de vi wieder.

Daß der Wortlaut des Gesetzes seiner Auffassung widerspricht, muß denn auch Savigny S. 37 selbst anerkennen; er meint nur, daß ein Verständniß nach dem Wortlaute bei Reskripten des Kodex sich wenig empfehle.

Der gegen unsre Auffassung geltend gemachte Grund, daß schon das Strafgesetz die Nothwehr als straflos erkläre, daß der Satz, der u. E. einen Theil des Inhalts des Besitzrechtes zum Ausdruck bringt, in das Kriminalrecht gehöre, hat seine gläubige Aufnahme wohl nur der absoluten Autorität Savigny's zu verdanken. Das Recht gewaltsamer Abwehr mit Bezug auf die Sache beruht sowohl auf dem Civilrechte wie auf dem Kriminalrechte, indem das letztere die Gewalt für straflos erklärt, das erstere privatrechtliche Nachtheile damit nicht verbindet, vielmehr nur die der Gewalt des Besitzers entgegengesetzte Gewalt nach beiden Richtungen hin verantwortlich macht. In derselben Weise wird auch das Eigenthum civilrechtlich und kriminalrechtlich geschützt. Warum wird das letztere nicht auch dem Kriminalrechte überwiesen, da die meisten

[3]) So heißt es in l. 1 § 2 D. Quod vi aut clam selbst von dem definitiv Berechtigten, der eigenmächtig auf das von einem Dritten besessene Grundstück einwirkt: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci, l. 7 D. ad leg. Jul. 48. 7: quidquam non jure facere.

[4]) Die l. 1 pr. de poss., welche an die Spitze der ganzen Lehre gestellt ist, definirt das Recht des Besitzes nach seiner positiven Seite, l. 1 C. cit., welche an der Spitze des Titels unde vi steht, definirt dasselbe zum Theil nach seiner negativen Seite. Von Seiten der älteren Juristen wird das Recht der Gewalt als Besitzrecht anerkannt. Heineccius Elem. jur. § 1287: seque in possessione etiam privata auctoritate defendunt. Thibaut § 25. Erst seit Savigny scheint es streitig geworden zu sein, ob es sich um ein Besitzrecht handelt.

Strafen wesentlich zum Schutze des Eigenthums bestimmt sind? Daß aber auch das unmittelbare Recht des Besitzers sich eines civilrechtlichen Schutzes zu erfreuen hat, dürfte nicht zu bestreiten sein, da derjenige, welcher der berechtigten Selbsthülfe Widerstand leistet, ein Delikt begeht und daraus mit seinem Vermögen haftbar wird, wie dies die l. 1 § 25 D. de vi und l. 17 eodem deutlich ergeben.

Der zweite Grund, daß die Nothwehr überhaupt bei der bloßen Detention ebensowohl möglich und erlaubt sei als beim juristischen Besitze, erscheint noch weniger stichhaltig. Denn verstehen wir mit Randa unter Inhabung das nur thatsächliche Verhältniß ohne Bewußtsein und Willen, so wissen wir nicht, wie wir uns dabei eine Selbsthülfe vorstellen sollen, die doch wenigstens eine bewußte Handlung des sich Wehrenden voraussetzt. Dagegen ist zuzugeben, daß kein unvollständiger körperlicher Besitzer sich dejiziren zu lassen braucht. Aber nur der vollständige Besitzer — und diesem wird ja, wie wir gesehen haben, im römischen Rechte allein Besitz zugesprochen — verhindert mit Recht jede Einwirkung auf die Sache, die unvollständigen Besitzer wehren die Gewalt nur soweit mit Recht ab, als in ihre Besitzsphäre übergegriffen wird; überschreiten sie aber dieselbe, so machen sie sich selbst strafbar, und ihnen kann bei diesem Unterfangen straflos Widerstand geleistet werden. Der Kolon, welcher den Verpächter oder dessen Käufer zu Unrecht nicht zuläßt, verfällt dem interdictum unde vi, die seine Besitzsphäre überschreitende Gewalt macht ihn strafbar (l. 12. 18 D. unde vi, l. 10 C. unde vi). Wenn daher Randa S. 87 No. 8 gegen uns bemerkt, daß wir selbst zugeben müßten, daß das Vertheidigungsrecht auch dem Inhaber zustehe, und zwar nicht bloß, soweit dieser in seiner Besitzsphäre handle, so scheint dies doch auf ein Mißverständniß zurückzuführen zu sein. Gerade auch in der Ausdehnung des Rechts der Gewalt ist der Unterschied des vollständigen und unvollständigen Besitzes zu suchen, und der unvollständige körperliche Besitzer eines Grundstücks darf nur das ihm zustehende Besitzrecht vertheidigen. Damit wollen wir selbstverständlich nicht leugnen, daß die Stellvertreter das Recht der Gewalt im Namen des wahren Besitzers ausüben können. Dies ist aber kein eigenes Recht.

Der gegen uns geltend gemachte Grund dürfte auf einen Trugschluß zurückzuführen sein. Richtig ist ja, daß das Recht gewaltsamer Selbsthülfe nur den Besitzern mit corpus, also mit s. g. Detention zusteht. Daraus folgt aber umgekehrt, daß das Recht gewaltsamer Eigenmacht nur eine Rechtsgarantie des wenigstens körperlichen Besitzes, nicht des bloßen Rechtsbesitzes ist, der zwar zur eigenmächtigen Ausübung, trotzdem aber nicht zur persönlichen Vergewaltigung des körperlichen Besitzers berechtigt.

Auch das kann man zugeben, daß überhaupt kein Recht dem Unrechte zu weichen braucht, daß sich das Recht dem Unrechte gegenüber eigenmächtig durchzusetzen im Stande ist. Aber die Nichtbesitzer, mögen sie vorläufig oder definitiv berechtigt sein, haben nur ein Forderungs- oder Rückforderungsrecht (ein jus merum), Niemand darf sie hindern, dieses Recht in der vorgeschriebenen Weise durch den Richter auszuüben, geschieht dies dennoch, so leisten sie nicht blos mit Recht Widerstand, sondern der Prätor hat eigene Edikte zu ihrem Schutze aufgestellt (conf. z. B. l. 1 D. ne quis eum 2. 7). Es ist dies aber kein Widerstand und kein Schutz mit Beziehung auf den Besitz, sondern auf ein Klagerecht: das Recht, sich gewaltsam im Besitze zu behaupten, das Recht, die Sache gegen die Gewalt durch Gewalt zu behalten, kann doch nur dem körperlichen Besitzer zustehen, und zwar das vollständige Recht nur dem eigentlichen Besitzer.[5])

Der Dejektion und dem Eingriffe in seine Besitzsphäre kann jeder Besitzer Widerstand leisten, auch der, welcher vi, clam, precario besitzt. Man könnte dies bezweifeln wegen der Worte der l. 1 C. unde vi:

recte possidenti ..... possessionem, quam sine vitio tenebat,

aber die l. 3 § 9 und die l. 17 D. de vi gestatten es ganz ausdrücklich nur, den Dejizienten im Momente der Dejektion (in continenti) wieder zu dejiziren; vom praktischen Gesichtspunkte wäre es kaum zu verstehen, wenn die Römer das Recht der gewaltsamen Zurücknahme dem dejectus zu jeder Zeit offen gehalten hätten, auch hätten sie damit ihrer Theorie vom Verluste des Besitzes widersprochen, da er mit der Kenntniß von der fremden Okkupation verloren geht. Für das justinianische Recht kann überdies unsere Auffassung wegen § 6 J. de interdictis einem Bedenken nicht unterliegen, und ist die l. 1 C. unde vi in Uebereinstimmung mit den sonstigen unzweifelhaften Quellenzeugnissen dahin zu interpretiren, daß in den angegebenen Fällen dem früheren Besitzer nur das Recht sofortiger gewaltsamer Zurücknahme vorbehalten werden soll.

Das Recht strafloser Gewalt gebührt auch dem vollständigen Besitzer eines Grundstücks gegenüber dem unvollständigen, soweit es sich um die Ausübung vorbehaltener Rechte handelt, oder er nach Endigung des unvollständigen Besitzes nicht zugelassen wird.[5a]) Nur wird er den un-

[5]) Wenn Bethmann-Hollweg (Jahrbuch für wiss. Kritik 1838 Nr. 35 S. 276) meint, daß das Recht der Eigenmacht mit dem Schutze der possessorischen Interdikte zusammenfalle, und deshalb nicht als besondere Folge des Besitzes aufgezählt werden dürfe, so giebt er damit zu, daß das Recht der Gewalt ebenso wie das Interdiktenrecht aus dem Besitze folge. (Rudorff Note 11).

[5a]) Das Recht der Gewalt des vollständigen gegen den unvollständigen Besitzer

vollständigen Besitzer wegen seines noch vorhandenen natürlichen Besitzes nicht dejiziren dürfen. Man kann letzteres nach vorjustinianischem Recht wegen der l. 18 D. de vi in Zweifel ziehen. Denn dem Käufer des vollständigen Besitzers, der den Kolonen dejizirt hat, wird um deshalb die exceptio vitiosae possess. abgesprochen, weil der Kolon nicht von ihm, sondern vom Verkäufer gewaltsam besitze. Dem letzteren scheint sie also zugesprochen zu werden. Doch ist zu erwägen, daß nach justinianischem Rechte nur im Momente der körperlichen Dejektion die straflose Wiederdejektion gestattet ist, der Kolon aber gar keiner eigentlichen Dejektion bedarf, da er schon das corpus hat. Auch wird selbst am Schlusse der Stelle der Auftrag, den Pächter zu vertreiben, ein mandatum illicitum genannt.

Von einer Dejektion des bloßen Rechtsbesitzers kann nach der l. 4 § 27 D. de usurp. keine Rede sein. Der vollständige Besitzer macht sich daher nur soweit verantwortlich, als er gegen das definitive Recht desselben oder gegen ein durchgeführtes Interdikt verstößt.

Das Recht, sich im Besitze gegen die Gewalt durch Gewalt zu behaupten, gebührt jedem unvollständigen körperlichen Besitzer nur, soweit er seinen Besitz vertheidigt. Sollte er zufälliger Weise gar nicht verpflichtet sein, für den vollständigen Besitzer zu besitzen, also z. B. wenn der Eigenthümer zufällig seine eigene Sache pachtet, so hat er sofort vollständigen Besitz und vertheidigt diesen mit Recht.[8b])

Der unvollständige Besitzer einer Mobilie erlangt durch jede Manifestation seines Willens vollständigen Besitz und daher kann er jeder Gewalt entgegentreten.

Der Rechtsbesitzer darf sich der persönlichen Gewalt nicht bedienen.

B. Das Recht durch und gegen die Klage des vorläufigen Rechts zu behalten.

Der Besitzer braucht sich nicht eigenmächtig gegen den fremden Angriff zu vertheidigen, er kann sich hierzu der Vermittelung des Prätors

---

ist also nur soweit ausgeschlossen,

a) als letzterer ohne Gewalt besitzt,

b) als letzterer definitiv berechtigt, z. B. Eigenthümer ist, denn mit dem Eigenthum erlangt er auch den Besitz zurück,

c) als der unvollständige Besitzer wegen seines natürlichen Besitzes nie dejizirt werden kann.

[8b]) Diese Rechte stehen jedoch dem unvollständigen Besitzer dann nicht zu, wenn er sich durch Dejektion des vollständigen Besitzers in den unvollständigen Besitz gesetzt hat und er im Momente der Dejektion wieder dejizirt wird.

bedienen. Das denuntiare und prohibere bildet den Inhalt jedes prohibitorischen Interdiktes, wie des interdictum uti possidetis:

prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere, Inst. IV 15 § 1.

Mit demselben verbittet sich der Besitzer die drohende Dejektion:

l. 1 § 4 D. uti possidetis:

hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio,

jede Einwirkung auf die Sache:

l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1:

meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione,

auch die Wiederherstellung einer bereits vorhanden gewesenen, aber fortgenommenen Anlage:

l. 14 si servit. vind. D. 8. 5:

si nova velis immittere, prohiberi a me potes,[9])

jede Verhinderung des eigenen Gebrauchs:

l. 8 § 5 D. si servitus vindicetur 8. 5:

sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti,

l. 3 § 2 D. uti possid.:

etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione,

jeden Gebrauch der Sache durch Dritte:

l. 3 § 9 D. uti possid.:

si vicinus meus in pariete meo tectoria habeat, et in pariete suo, Uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

mit einem Worte: jede Besitzhandlung eines Dritten und die Verhinderung eigener Besitzhandlungen (vis). Bruns sagt u. E. S. 62 treffend, daß das interdictum uti possidetis als actio, quae tuetur possessionem, ne amittatur, ne inquietetur, ne vis fiat possidenti, also als Klage auf künftigen Schutz des Besitzes gegen drohende Störung oder Entziehung aufzufassen sei.

Dem Besitzer wird die Möglichkeit körperlicher Herrschaft garantirt durch das interdictum uti possidetis und durch die aus demselben

---

[9]) conf. l. 2 § 7 ne quid in loco publ. 43. 8:

Si quis, quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, huic interdicto locum esse Aristo ait, ad prohibendum eum reficere.

hervorgehenden Strafklagen für den Fall, daß dem Befehle entgegengehandelt wird.

Jedoch hat dies Recht nur derjenige Besitzer, welcher nicht vi, clam, precario vom Gegner besitzt, und außerdem nur der vollständige Besitzer als Eigenthümer oder Nichteigenthümer, denn nur er hat das Recht, jede Einwirkung von der Sache abzuwehren. Es ist daher in jedem Falle zu untersuchen, wer besitzt, und entscheidet die l. 3 § 7 uti possidetis diese Frage zu Gunsten desjenigen, der das ganze Haus nebst dem Zugange von der Straße aus benutzt, und zu Ungunsten desjenigen, der nur eine versteckte Kellerwohnung hat.

Das interdictum uti possidetis steht dem vollständigen Besitzer auch gegenüber dem unvollständigen zu, so gegen den Superfiziar, l. 3 § 7 uti poss.:

> dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis,

gegen den Usufruktuar, l. 4 D. uti poss., gegen den Kolonen l. 3 § 3 uti poss. Dagegen giebt der Prätor das interdictum uti possidetis nicht gegen denjenigen, welcher eine Kloake reinigt oder wiederherstellt, dieser hat vielmehr unter allen Umständen ein eigenes Interdikt (Tit. 23 Buch 43), welches er dem Kläger aus dem interd. uti poss. siegreich entgegenstellt,

> de cloacis hoc interdictum (sc. uti poss.) non dabo.[7])

Der Gesetzgeber kann ausdrücklich gewisse Eingriffe in den Besitz gestatten und ihnen gegenüber das interdictum uti poss. versagen, wie dies auch im modernen Rechte bei der Expropriation und beim Bergbau der Fall ist (conf. Randa S. 165. 167.)

Die Wirkung des interdictum uti poss. gegenüber dem unvollständigen Besitzer ist aber nicht die gewesen, daß der letztere, wenn er nicht vi, clam, precario besaß, den Besitz der Sache herauszugeben hatte,

---

[7]) Diese Worte hat man dahin u. E. mißverstanden, daß dem Kloakenbauer das interdictum uti possidetis nicht gegeben werden solle, weil er ein eigenes besonders geartetes Interdikt habe. Dies wurde nun als Ausnahmebestimmung aufgefaßt, und so erschien der ganze Rechtsbesitz quellenmäßig gerechtfertigt. Der Prätor meint aber, daß der Bau einer Kloake durch das interdictum uti possidetis nicht gehindert werden könne, conf. auch l. 5 § 11 de O.N.N.:

> si quis rivos vel cloacas velit reficere, vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, quum publicae salutis et securitatis intersit, et cloacas et rivos purgari;

conf. ferner l. 1 § 13 de cloacis. (Die bekämpfte Auffassung findet sich auch noch bei Savigny S. 497 Note 1.)

sondern nur die, daß er sich der Uebergriffe über seine Besitzsphäre zu enthalten hatte. Um die Herausgabe zu erzwingen, bedurfte es der Klage definitiven Rechts.

Auch gegen den Rechtsbesitzer konnte das interdictum uti poss. gerichtet werden. Derselbe hatte sich infolge dessen jeder Besitzhandlung zu enthalten, bis er ein Spezialinterdikt oder die Klage des definitiven Rechts durchgeführt hatte. Die Fortnahme der Anlage konnte mit dem interdictum uti poss. nicht gefordert werden, sondern nur mit dem interdictum quod vi aut clam.

Besonders merkwürdig ist die Stellung des Interdikts demjenigen superfiziarischen Rechtsbesitze gegenüber, der sich nicht als Eingriff in fremden Besitz, sondern als Ausübung des eigenen Besitzes am Grundstücke darstellt, l. 3 § 5 D. uti poss. Um die Wegnahme des Vorbaus zu erzwingen, war es als prohibitorisches Interdikt offenbar ungeeignet, auch wird dem superfiziarischen Rechtsbesitzer eines Vorbaues, eines Balkones, eines vorspringenden Daches, überhaupt einer Anlage, die nur als Ausübung des eigenen Besitzes zu betrachten ist, das interdictum uti poss. aus dem vollständigen Besitze zugestanden haben, so daß sich die Interdikte in ihrer Wirkung aufheben würden:[8])

> et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

Dagegen hat kein unvollständiger Besitzer und insbesondere kein Rechtsbesitzer das interdictum uti possid., sie können es auch nicht haben, weil sie nicht jede Einwirkung abwehren dürfen, und ihnen vor Allem keine Rechtsvermuthung zur Seite steht, über welche das Interdikt ebenfalls Entscheidung trifft. Doch läßt sich das Interdikt auf den unvollständigen körperlichen Besitzer insofern übertragen, als ihm eine Besitzsphäre zusteht, innerhalb deren er sich die Besitzhandlungen Dritter und die Verhinderung eigener Besitzhandlungen verbitten kann. Dies haben auch schon die Römer in der l. 4 D. uti poss. mit Bezug auf den Usufruktuar gethan, während sie das Interdikt für den Rechtsbesitzer als durch-

[8]) Ob im Allgemeinen dem Rechtsbesitze einer superfiziarischen Servitut, die als Eingriff in die fremde Besitzsphäre zu betrachten ist, ein Spezialinterdikt entsprach (l. 8 § 2 D. 8. 5, l. 20 D. 8. 2), ist sehr zu bezweifeln, da die Römer für den Rechtsbesitz ein Generalinterdikt überhaupt nicht kannten, andererseits weil das Spezialinterdikt überflüssig gewesen wäre, da die Fortnahme der Anlage doch nicht mit dem interdictum uti poss. gefordert werden konnte, und der Besitz mit der Anlage sofort gegeben war. Das interdictum uti poss. allgemein auf den superfiziarischen Rechtsbesitz anzuwenden, erscheint unzulässig, einmal weil die l. 3 § 5. 6 uti poss. einen besonders qualifizirten Rechtsbesitz im Auge hat, und auch für diesen das interdictum als inutile erklärt wird.

aus ungeeignet erachtet haben, weil dieſem nur das Recht zu einzelnen unterbrochenen Handlungen zuſteht.

C. Das definitive oder relative Recht zu behalten.

Der Beſitzer hat das Recht, die Sache jedem Unberechtigten gegenüber definitiv zu behalten, mag er auch abſolut nicht berechtigt, ſein definitives Recht alſo nur ein relatives ſein,*)

l. 5 pr. D. si ususfructus petatur:
quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant;

l. 2 uti possidetis:
qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

Das relative Recht zu beſitzen wird durch exceptio und insbeſondere durch die Negatorienklage geſchützt. Den unvollſtändigen Beſitzern ſteht es zu in den Schranken ihres Beſitzes, l. 5 pr. D. si ususfr. pet. Die Rechtsbeſitzer haben überhaupt nur ein relatives Recht, ſoweit ihnen ein Interdikt oder eine actio publiciana gegeben iſt.

Trotzdem wird die dem vollſtändigen Beſitzer gewährte Möglichkeit der körperlichen Herrſchaft, bis ein Gegner ſein Eigenthum erweiſt, nicht als eine Rechtsgarantie des Beſitzes aufgefaßt.

Man meint, der Vortheil, daß der Beſitzer im Vindikationsprozeſſe auch dann, wenn von keiner Seite Eigenthumsrecht bewieſen werde, obſiege, ſei

a) lediglich eine Folge des allgemeinen prozeſſualiſchen Grundſatzes, daß der Geklagte gewinnt, wenn der Kläger nicht ſein Recht beweiſt,
b) dieſer Erfolg trete auch bei dem bloßen Inhaber ein.

a) Aber bei der Vindikation wird das Beklagtenverhältniß ſelbſt erſt aus dem Beſitze beſtimmt, nicht etwa umgekehrt, wie auch behauptet worden iſt. Niemand wird ſagen: Wer beklagt werden könne, ſei Beſitzer, ſondern vielmehr: Der Beſitzer könne beklagt werden. Dieſen Standpunkt vertritt ſowohl das römiſche Recht l. 9 de R. V., wie jede moderne Legislation. Folgt daher das Beklagtenverhältniß aus dem Beſitze, ſo wird die fernere Folge, daß dem Beſitzer das Recht zu behalten ſo lange zuſteht, als er nicht im Prozeſſe beſiegt wird, wohl auch eine Folge des Beſitzes ſein.

---

*) Förſter drückt dieſen Gedanken dahin aus § 157: „Selbſt der unredliche Beſitzer iſt alſo Beſitzer für Alle, nur nicht für den, gegen welchen er unredlich geweſen.“

b) Zuzugeben ist, daß nach l. 9 D. de R. V. auch der Inhaber verklagt werden kann. Aber daraus, daß ein Rechtsverhältniß mit zwei Thatbeständen verknüpft ist, folgt gewiß nicht, daß es keine Rechtsfolge des einen sei. Die Römer haben das Beklagtenverhältniß als eine Rechtsfolge des Besitzes wie der bloßen Detention aufgefaßt. Andrerseits wird im Vindikationsprozesse nur derjenige Beklagte siegen, welcher Besitz für sich oder einen Dritten in Anspruch nimmt, und dies thut er präsumtiv, wenn er der Vindikation widerspricht. Prätendirt er dem Kläger gegenüber nur unvollständigen Besitz, so verwandelt sich die Vindikation von selbst in eine Negatorienklage. Erklärt er dagegen ausdrücklich, daß er weder für sich noch einen Dritten besitzen wolle, so steht nichts im Wege, daß der Kläger in den Besitz eintrete.

Hieraus ergiebt sich also gerade, daß die garantirte Möglichkeit vollständiger körperlicher Herrschaft bis zum Nachweis des Eigenthums durch einen Dritten nur dem Besitzer zusteht. Der Inhaber will auch dies Recht gar nicht, wenigstens nicht für sich haben. Die römische Auffassung stimmt hiermit vollständig überein:

l. 28 C. de R. V. 3. 32.

res alienas possidens, licet justam causam tenendi nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.[10])

Das vorläufige Recht zu behalten und das definitive wenn auch relative Recht zu behalten sind ihrem Wesen nach verschieden.

Es ist merkwürdig, daß gerade die Savigny'sche Schule, die doch sonst den Unterschied zwischen Besitz und definitivem Recht zu scharf betont, diesen Gegensatz verkannt hat. Savigny sagt S. 400:

„Es gehen . . . . die Interdikte völlig parallel mit der Negatorienklage, und dieser Parallelismus wird ausdrücklich anerkannt l. 8 § 5 si servit.

Randa spricht S. 166 von der „korrespondirenden Seite der actio negatoria."

Aber das interdictum uti possidetis ist in der Hauptsache ein Rechtsmittel des vorläufigen Rechts und geht als solches selbst gegen den definitiv Berechtigten, die actio negatoria ist eine Klage des definitiven Rechts und geht niemals gegen den definitiv Berechtigten. Daraus folgt,

---

[10]) So auch A.L.R. I. 7, § 176:

„Gegen jeden Anderen (außer dem wahren Eigenthümer) hat er alle Rechte des Eigenthümers."

Weshalb dies nach § 177 sich nur auf den redlichen Besitzer beziehen soll, ist nicht ersichtlich, denn auch der unredliche Besitzer kann von einem Nichtberechtigten weder durch Klage noch durch Eigenmacht entsetzt werden.

daß das interdictum, dem ja auch der definitiv Berechtigte haftet, in einer geringeren Ausdehnung zu geben ist, als die Negatorienklage.[11])

Mit dem Interdikt verbittet man sich nur die Besitzhandlungen Dritter und die Verhinderung der eigenen Besitzhandlungen, d. h. die Gewalt im Sinne dieses Interdikts, daher zwar, daß man beim Abschneiden der hinübergewachsenen Reben verhindert werde, l. 3 § 4 uti possidetis; will man sich aber sonst eine dem Besitze schädliche Handlung, die nicht direkt den Gebrauch der Sache verhindert oder in die Besitzsphäre übergreift, verbitten, so bedarf es dazu der Negatorienklage oder eines sonstigen Rechtsmittels, der operis novi nuntiatio, des Edikts de damno infecto, welchem stets das definitive Recht zu Grunde zu legen ist,

l. 5 § 10 de O. N. N.:

at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria.[12])

Wenn daher der Nachbar einen Misthaufen derartig gegen die Mauer meines Grundstücks legt, daß sie von Nässe durchdrungen wird, so habe ich nicht das Interdikt, sondern die Negatorienklage, weil keine vis im Sinne des Interdikts in Frage steht,

l. 17 § 2 si servitus:

respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere.

Der locus publicus freilich wird überhaupt nur durch das Interdikt geschützt; daß aber gegen den Privatbesitzer zur Verhinderung von Handlungen, die er innerhalb seines Besitzes vornimmt, das interdictum uti possidetis grundsätzlich nicht anwendbar sein soll, zeigt die scharfe Gegenüberstellung von Interdikt und actio; und der Umstand, daß der Jurist gerade wegen der zu gebrauchenden Klage konsultirt worden ist,

---

[11]) So auch im Allgemeinen Bruns Besitzklagen: „Die negatoria beruht auf dem „non jure habere“ und muß daher wesentlich weiter gehen, als das nur auf dem „vim fieri veto“ beruhende Interdikt.“ In seinen Beispielen scheint er jedoch den Grundsatz wieder verlassen zu haben.

[12]) Mit der O.N.N. kann man nur Kaution verlangen, in keinem Falle aber, wenn die Kaution geleistet ist, die Aufrechterhaltung des Zustandes. Nur aus dem definitiven Rechte läßt sich die Zurückführung des alten Zustandes und die demnächstige Aufrechterhaltung desselben erzwingen,

l. 8 § 4 de O. N. N.:

tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedificabit;

l. 1 § 2 de remissionibus 43. 25:

et nuntiationem ibi demum voluisse Praetorem tenere, ubi jus est nuntianti prohibere, ne se invito fiat. l. 1 pr. de O. N. N.

ergiebt, daß die Gegenüberstellung von interdictum und actio mit vollem Bewußtsein erfolgt ist. Auch die Erwähnung der cautio damni infecti am Schlusse beweist, daß der Jurist nur an ein Rechtsmittel definitiven Rechts gedacht haben kann. Das Naßwerden der Mauer ist überhaupt keine direkte Besitzhandlung.

Ebensowenig übt der Nachbar dadurch Besitzrechte aus, daß die gemeinschaftliche Mauer sich senkt. Das interdictum uti poss. kann daher auch nicht gegen ihn gerichtet werden. Bauten auf des Nachbars Grundstücke kann man überhaupt nicht durch das interdictum uti poss. verhindern, sondern nur mit der Negatorienklage oder der operis novi nuntiatio (l. 5 § 10 de O. N. N.).

Es giebt keine Stelle, aus der sich ergiebt, daß die Römer die indirekten Einwirkungen auf ein Grundstück für eine Gewalt angesehen hätten, die man sich mit dem Interdikt verbitten könnte. Es würde dies auch dem Begriffe der „vis" widersprechen. Wenn man die l. 8 § 5 D. si servitus vind. hierfür anführt und meint, das Interdikt sei gegen den Fabrikbesitzer gegeben, aus dessen Anlage Rauch [12a]) in des Nachbars Grundstück bringe, und gegen den derartigen Betrieb eines Steinbruches, daß Steine auf die Nachbargrundstücke fliegen, so scheint dies auf einem Mißverständnisse des Gesetzes zu beruhen. Es wird gelehrt, daß man sich mit der Negatorienklage das Einführen von Rauch und Steinen verbitten könne, und demnächst der Zweifel aufgeworfen, ob nicht auch der Gegenpartei die actio confessoria dahin zu geben sei, daß sie auf ihrem Boden Rauch erzeugen und überführen könne. Der Zweifel wird damit begründet, daß ihr ja schon aus dem Besitze das interdictum uti poss. zustehe, mit dem sie sich die Verhinderung im Gebrauche, also auch im Erzeugen von Rauch verbitten könne. Eine Klage dahin, daß man in dem seinigen thun könne, was man wolle, sei hiernach der Regel nach nicht zu geben. Doch wird auch die gegentheilige Ansicht dahin gebilligt, daß wenn man in Bädern für die Dämpfe einen in des Nachbars reichenden Gang angelegt hat, man derartige Servituten auflegen könne, während der Regel nach das interdictum uti poss. ausreicht. Wo steht in der Stelle ein Wort davon, daß das indirekte Einführen von Rauch oder Steinen mit dem Interdikt verboten werden könne? Es wird im Gegentheil ausgeführt, daß dem Einführer des Rauchs das interdictum uti poss. zusteht, soweit er sich in den gesetzlichen Schranken hält. Er soll nicht verhindert werden können, sein Grundstück zu gebrauchen.

[12a]) Die Praxis schwankt. Gegen die Einführung von Rauch wird das Interdikt verweigert. Seuffert, Archiv Bd. 28 Nr. 201, dagegen zugesprochen Bd. 21 Nr. 208.

Ebensowenig kann man sich mit dem interdictum uti poss. die Anlage von Erkern, Balkonen u. s. w. Seitens des Nachbars verbitten, weil diese mit dem Gebäude besessen werden und sich ihre Anlage nur als Ausübung des Besitzes am Grundstücke darstellt, l. 3 § 5, 6 Uti poss. Die moderne Gesetzgebung und Praxis entspricht daher nicht dem römischen Rechte (conf. Entsch. des Reichsgerichts Bd. I. S. 218).

Das Interdikt auf Anerkennung des vorläufigen Rechts hat ferner einen rein prohibitorischen Charakter. Wie seine materiellen Unterlagen geringer sind als die des materiellen Rechts, ist auch sein Umfang ein beschränkterer. Es ist schon genügend, daß der möglicherweise definitiv Unberechtigte für die Zukunft vorläufig geschützt wird. Sehr schön wird dieser Gedanke in der l. 3 § 13 de itinere 43. 19 entwickelt:

> qui enim vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non debet de jure suo docere.

Auch mit dem interdictum uti possidetis erlangt der Besitzer nur rechtlichen Schutz für die Zukunft, daß er im Gebrauche nicht ferner verhindert werde, daß der Dritte nicht mehr auf die Sache einwirke:

> nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet; ... hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, l. 1 § 4 uti possidetis.

Die bereits geschehene Gewalt schließt freilich nicht den Schutz für die Zukunft gegen fernere willkürliche Handlungen aus, aber Schadensersatz und Beseitigung der Anlage [13]) kann mit keinem prohibitorischen Interdikt gefordert werden, l. 2 § 17 ne quid in loco publico:

> si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium [14]) est interdictum, non restitutorium.

Es ist daher gewiß unrichtig, wenn man trotz des Wortlautes der l. 3 § 5 u. 6 uti possidetis, in der ausdrücklich das interdictum uti possidetis für inutile erklärt wird, es dennoch für geeignet hält, die Fortschaffung eines bereits eingelegten Balkens zu erzwingen, und auch aus diesem Grunde kann die Fortschaffung der herüberhängenden Mauer (l. 14 § 1 D. 8. 5), des neben der Wand liegenden Misthaufens nicht gefordert werden. Die Beseitigung der in der Vergangenheit erfolgten

[13]) Dagegen mit der actio negatoria und confessoria: l. 4 § 2 si servit. vindic. 8. 5, l. 29 de S. Pr. U. 8. 2, l. 3 C. de servit. 3. 34; Windscheid § 198 Note 5.

[14]) Hiermit ist nicht zu verwechseln, daß die Beseitigung der nach erlassenem Interdikt dennoch errichteten Anlage durch ein interdictum secutorium gefordert werden kann; alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit, l. 7 D. ne quid in loco public. 43. 8.

Einsenkung kann man nur mit der Klage des definitiven Rechts, der Negatorienklage, erzwingen, bei der es dem Gegner erlaubt ist, sein etwaiges Recht auszuführen. Daß aber dem so sei, zeigt deutlich die Vergleichung des Anfangs der Lex mit dem § 1. Die künftige Einlegung von Balken, mögen auch früher Balken in meiner Mauer gesessen haben, kann ich mir mit dem Interdikt verbitten, vermag auch die Negatorienklage anzustellen, die Zurückziehung der bereits gesenkten Mauer fordere ich mit der Klage des definitiven Rechts.[15])

Das interdictum uti possidetis ist ein Rechtsmittel des vorläufigen Rechts, die Negatorienklage setzt definitives Recht voraus; das erstere geht selbst gegen den Berechtigten, die zweite nur gegen den Unberechtigten; das erstere wehrt nur die direkte Verhinderung des Gebrauches und den willkürlichen Eingriff in die Besitzsphäre ab, die zweite jedes Unrecht; das erstere giebt nur Schutz für die Zukunft und wirkt rein prohibitorisch,[16]) die zweite erzwingt auch die Beseitigung der Anlage und den Schadensersatz und wirkt in dieser Weise prohibitorisch und restitutorisch. Die grundsätzliche Gleichstellung des interdictum uti possedetis und der Negatorienklage können wir nur für einen Nachklang mittelalterlicher Anschauungen erachten, die vorläufiges und definitives Recht vollständig vermischen, deren man sich aber gerade vom Standpunkte der Savigny'schen Schule am leichtesten erwehren sollte. Nur dann würde man diese Erweiterung des interdictum uti poss. freudig zu begrüßen haben, wenn man die Negatorienklage ungebührlich etwa durch Auferlegung des diabolischen Eigenthumsbeweises beschränkt, was im Mittelalter allerdings geschehen sein mag.

D. Das vermuthete Recht zu behalten.

Da der Besitz durch das Recht gesichert ist, gegen den Berechtigten vorläufig, gegen den Unberechtigten definitiv zu behalten, so verbindet sich mit ihm naturgemäß das vermuthete Recht.[17])

Trotzdem hält Randa S. 89 „die rechtliche Vermuthung des gültigen Titels" noch nicht einmal für eine Folge des Besitzes, Savigny meint

[15]) Zweifel könnte die l. 3 § 9 uti possidetis erwecken, wonach ich die Fortnahme der auf meiner Mauer liegenden tectoria mit dem interd. uti poss. fordern kann. Es wird aber das Liegenlassen der tectoria als ein fortgesetzter zukünftiger Gebrauch meiner Mauer angesehen; conf. auch l. 7 § 2 de damno infecto 39. 2.

[16]) Ueber die anscheinend entgegenstehende Praxis bei der Spolienklage conf. Bruns S. 255.

[17]) Unrichtig ist es allerdings, wenn man sagt, der Besitz selbst sei vermuthetes Recht. Die Rechtsvermuthung ist nur eine Garantie des Besitzers und sichert demselben die Möglichkeit körperlicher Herrschaft.

S. 36, der Vortheil, daß der Gegner beweisen müsse, um zu gewinnen, der Besitzer aber auch dann gewinne, wenn von keiner Seite etwas bewiesen werden könne, sei bloß das natürliche Vorrecht des Beklagten, angewendet auf den Fall der Vindikation. Ihering läßt sich durch die Opposition gegen die herrschende Meinung zu der Behauptung verleiten, daß der Besitz nicht bloß vermuthetes Recht sei (er spricht S. 75 von interimistischem Eigenthume), sondern daß er als Position des Eigenthums selbst zu gelten habe.

Daß aber der Besitz vermuthetes Recht giebt, ist ein uralter Satz. Schon Aristoteles sagt:

δεῖν νέμεσθαι τὸν κεκτημένον, ἕως ἂν κριθῇ.

Gerade wegen dieses Beweisvortheils pflegte in den römischen Gerichten um den Besitz auf's heftigste gestritten zu werden. Inst. IV. 15 § 4, Gaius IV. § 148:

> et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione; commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio;

l. 1 § 3 D. uti possid., l. 62 D. de judiciis 5. 1, l. 3 C. de interdictis, l. 35 D. de poss. [18])

Und wir sollen meinen, daß dieser wesentliche Vortheil des Sachbesitzes, der, wie Gaius und Ulpianus bezeugen, der Hauptzweck des

---

[18]) Auch die modernen Gesetzbücher erkennen die Richtigkeit des Satzes an. A.L.R. I. 7 § 179:

> „Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich."

A.b.G.B. § 323:

> „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich."

Förster sagt § 157 S. 15:

> „Es ist unrichtig, wenn in solchen Aussprüchen (§ 18. 179 A.L.R. I. 7) ein besonderer Besitzvortheil, eine dem Besitz besonders verliehene Wirkung gesehen wird. Sie sagen vielmehr, daß der subjektive Wille als übereinstimmend mit der allgemeinen Ordnung des Rechts angenommen wird, wenn nicht besondere Momente nachgewiesen werden, welche diese Annahme aufheben."

Hier hebt doch wohl der zweite Satz den ersten auf, und die Rechtsvermuthung wird nur in einer Formel der Willenstheorie wiedergegeben.

Auch die älteren Juristen scheinen die Rechtsvermuthung für ein Besitzrecht angesehen zu haben. Heinneccius Elem. jur. § 1287:

> ab editione ac probatione tituli liberantur, iidem rem tamdiu retinent, quamdiu alter, suam esse, non probaverit.

interdictum uti possidetis gewesen ist, mit dem Besitze überhaupt nichts zu thun habe? Mit Randa § 7. b Note 48 können wir uns unmöglich dabei beruhigen, daß die Motivirung eines Gaius und Ulpianus jedenfalls einseitig sei. Man wolle nur bedenken, daß gerade um das Interdikt in seinem Wesen zu charakterisiren, die Ausführungen Ulpians in den Digesten sofort hinter der Formel folgen. Der Kaiser Antoninus fällt dann schließlich in die Theorie Iherings,

l. 2 C. de probat. 4. 19:

quum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat,

während Justinian wahrscheinlich nach Muster der klassischen Juristen im § 4 l. c. sich vorsichtiger dahin ausdrückt, daß der Besitz beim Verklagten zurückbleibe.

Diesen übereinstimmenden Zeugnissen der römischen Rechtsquellen und der modernen Gesetzbücher gegenüber können die Gegengründe selbst eines Savigny nicht von Belang sein. Er meint, die Rechtsvermuthung sei kein Vorrecht des Besitzes, sondern der bloßen Detention. Aber nur der Detentor, der für sich oder einen Dritten besitzt, hat das vermuthete Recht zu behalten für sich oder den Dritten. Nimmt er dem Kläger gegenüber nur ein unvollständiges Recht in Anspruch, so hat er zu beweisen. Wie soll man auch dem Inhaber ein vermuthetes Recht zu behalten zusprechen, das er gar nicht haben will. Randa, wenn wir ihn recht verstehen, kehrt deshalb (S. 90 und besonders Note 10. a) den Savigny'schen Grund einfach um: wenn aus dem Besitze die Rechtsvermuthung folge, müsse dies auch für den Rechtsbesitzer gelten, so daß ihm der Beweis des Nichtvorhandenseins des Servitutrechts geführt werden müsse, eine Ansicht, die doch entschieden falsch und von höchst verderblichen Folgen begleitet sei.[19]) Randa vergißt aber u. E., daß sein Rechtsbesitz nicht die römische possessio ist, daß Besitz nach den Gesetzen nur der vollständige Besitz genannt werden kann, und daß der Rechtsbesitz sich freilich nicht aller Rechtsgarantien des eigentlichen Besitzes erfreut.

Noch weniger beweisend ist die dahin gehende Motivirung Randa's, daß derjenige, der die actio Publiciana anstellt, nebst dem Besitze auch den gültigen Titel und die echte Art, wie er zum Besitze gelangt sei, zu beweisen habe. Die actio Publiciana ist überhaupt kein Besitzrecht, sondern wie die rei vindicatio ein Recht des Nichtbesitzers; das relative Rückforderungsrecht haben die Römer freilich nur zu Gunsten des vormaligen Besitzers im guten Glauben anerkannt; daraus folgt aber nicht,

[19]) S. 102 erscheint der Grund wieder in Savigny'scher Fassung.

ist auch noch nie behauptet worden, daß der gegenwärtige Besitzer irgend einer Klage gegenüber sein Recht zu beweisen habe, daß er ohne den Nachweis seines Unrechts entsetzt werden könne. Trotz der Grundsätze der publizianischen Klage bleibt der gegenwärtige Besitz das erst durch den Nachweis des Unrechts zu brechende Recht.[20])

Daraus, daß die Rechtsvermuthung sich nicht an den aufgehobenen Besitz anschließt, folgt nicht, daß sie auch dem gegenwärtigen nicht folge, sondern eher das direkte Gegentheil.[21])

Die Berufung Savigny's auf die l. 9 D. de R. V. können wir für gerechtfertigt nicht erachten. Ulpian weist den Richter zunächst ausdrücklich an, zu untersuchen, ob der Verklagte besitzt:

> officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat.

Wenn nun der Verklagte in der Klagebeantwortung das Eigenthum des Klägers bestreitet, indem er für sich oder einen Dritten behalten will, so tritt dem Kläger immer ein wirklicher Besitz entgegen, der im zweiten Falle nur durch einen Prokurator ausgeübt wird. Nur in diesen beiden Fällen ist ein eigentlicher Streit über das Eigenthum denkbar. Sobald der Besitzer erklärt, aus einem anderen Interesse die Herausgabe zu verweigern, soll freilich die Vindikation nicht abgewiesen werden; sie verwandelt sich aber ihrem inneren Wesen nach in eine Negatorienklage, bei der von einer Rechtsvermuthung zu Gunsten des Verklagten nicht mehr die Rede sein kann.[22]) Auch wird es für die moderne Praxis kaum einem Zweifel unterliegen, den Verklagten zu verurtheilen, wenn er zur Anstellung der Vindikation schuldbar z. B. durch Verweigerung der Herausgabe Veranlassung gegeben hat, sollte er nunmehr auch erklären, gar nicht besitzen zu wollen. Einen Streit über Eigenthum entscheidet der Richter dann freilich auch nicht, sondern nur eine Schadensersatzforderung in Beziehung auf die Kosten des Prozesses. In diesem Sinne erklärt denn Ulpian ganz richtig am Schlusse der Stelle:

---

[20]) conf. A.L.R. I. 7 §§ 175, 176. — „Zu dem Schutze, welchen die §§ 175, 176 h. t. dem vollständigen Besitzer gewähren, wird nicht ein titulirter Besitz erfordert." Erk. des O.T. vom 12. Juli 1867. Gruch., Beiträge Bd. 14 S. 900.

[21]) Noch weniger läßt sich als Grund anführen, daß derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, nebst dem Besitze auch den Erwerbstitel und den Ablauf der Zeit zu erweisen habe (Randa S. 92). Dem vollständigen Besitzer, der gezwungen werden soll, sich auf die Ersitzung zu berufen, muß doch erst nachgewiesen werden, daß sein Besitz an sich ein ungerechtfertigter ist.

[22]) So wird in der l. 1 § 4 D. de superf. 43. 18 die Vindikation auch gegen den Superfiziar zugelassen (conf. auch l. 10 C. de pign. act. 4. 24).

Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.[23])

Daraus aber, daß die Römer aus gewiß zu billigenden praktischen Erwägungen die angestellte Vindikation diese Wandlungen durchmachen lassen, ohne den Kläger abzuweisen, folgt nicht, daß das vermuthete Eigenthum ein anderer habe als der vollständige Besitzer.

Noch weniger als die l. 9 D. de R. V. kann Savigny die l. 21 D. de probationibus:

semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit,

für seine Ansicht verwerthen. Gerade erst aus dem Nichtbesitze oder Besitze ist das Kläger- und Verklagtenverhältniß festzustellen, und daraus ergiebt sich denn auch die Rechtsvermuthung (l. 1 § 3 D. uti poss.). Es ist uns niemals begreiflich gewesen, wie Savigny das natürliche Verhältniß gerade umkehren und die Rechtsgarantien des Besitzrechts aus dem in der Luft schwebenden Verklagtenverhältniß und unfaßbaren prozessualischen Grundsätzen entwickeln kann. Um den Besitz als das unmittelbare Recht gruppiren sich Rückforderungs- und Forderungsrechte auf den Besitz und haben sich ihm gegenüber erst durchzusetzen.[24])

Nur der Sachbesitzer, der nicht vi, clam, precario vom Gegner besitzt, hat die Vermuthung des Rechts vollständiger physischer Herrschaft für sich. Neben dieser umfassenden Vermuthung kann die Vermuthung zu Gunsten eines jus in re, also eines beschränkten Rechts, nicht aufkommen, und zwei Rechtsvermuthungen, die auf denselben Inhalt gehen, nebeneinander sind ein Widersinn. Mag daher dem unvollständigen

---

[23]) Derselbe Vorgang wiederholt sich bei der Negatorienklage. Ein Urtheil über die Freiheit des Eigenthums hat der Richter auch nur dann auszusprechen, wenn der Gegner sie bestreitet. Wenn der Gegner aber zur Anstellung der Negatorienklage Veranlassung gegeben hat, wird der Kläger doch nicht abgewiesen. (Die verschiedenen Meinungen über diese Frage bei Windscheid § 198 Note 8 S. 561.) Dasselbe gilt von der actio confessoria.

[24]) In gleicher Weise stehen dem zweiten unmittelbaren Rechte, dem Rechte der Eintragung, überhaupt dem Verfügungsrechte, die Rückforderungs- und Forderungsrechte auf die Eintragung bezw. auf das Verfügungsrecht gegenüber. Schon das römische Recht zeigt die Anfänge der Rechtsentwicklung, wenn es auch das zweite unmittelbare Recht nur mangelhaft ausgebildet hat. Der Erbschaftsbesitzer kann auf Cession der Erbschaftsforderungen verklagt werden,

l. 9 D. de hered. pet.:

regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam,

l. 18 § 1, l. 16 § 4, l. 35, l. 34 § 1 eodem. — Es ergiebt sich aber aus diesen Stellen auch hier, daß sich die moderne Verwechselung zwischen den beiden unmittelbaren Rechten auf klassische Aussprüche zurückführen läßt. (Ganz abweichend ist die Darstellung bei Savigny S. 105, 106.)

Besitzer die Berechtigung zustehen, vorläufig weiter zu behalten und weiter zu gebrauchen, bis der Gegner die Klage des definitiven Rechts angestellt und gewonnen hat, so streitet doch gegen ihn die Rechtsvermuthung, und er hat der Negatorienklage gegenüber sein Recht zu beweisen. Daher unterliegt selbst der Superfiziar dem interdictum uti possidetis, l. 3 § 7 uti possidetis:

> ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur; dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarum potior erit interdicto Uti possidetis.

Sein besonderes Interdikt mag er entgegenstellen, das interdictum uti possidetis kann er gar nicht haben, weil in demselben über das vermuthete Recht entschieden wird, das selbst dem Superfiziar nicht zusteht.[25]) Wenn man selbst dem superfiziarischen Rechtsbesitzer, z. B. dem des eingelegten Balkens ein Interdikt geben wollte, und es nicht mit Donellus für überflüssig erachtet, so wird doch auch durch dies Interdikt keine Rechtsvermuthung geschaffen, sondern nur ein an sich schon unzweifelhafter Besitz festgestellt.

Einer besonderen Betrachtung bedarf fast hinsichtlich aller erörterten Fragen der superfiziarische Rechtsbesitz, der nur als Ausübung des eigenen Besitzes zu betrachten ist, der Besitz von Vorbauen, Erkern, Balkonen, eines überhängenden Daches am herrschenden Grundstücke ohne direkte Benutzung des nachbarlichen Grundstücks. Es kommt in dieser Beziehung die vielfach mißverstandene l. 3 § 5 D. Uti poss. in Betracht, die wir daher hier am Schlusse noch einer genaueren Erörterung unterziehen. Zwei Nachbarn streiten darüber, ob der eine einen Vorbau in der geschilderten Weise anlegen könne, oder zu Recht angelegt habe.[26]) Der eine besitzt den Boden, der andere mit dem Gebäude auch die Superfizies als Theil seines vollständigen Besitzes. Der beiderseitige Besitz hebt sich aber gegenseitig auf:

> Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem (conf. auch l. 3 pr. D. uti poss.).[27])

---

[25]) Hieraus ergiebt sich, daß auch das in der l. 4 uti possidetis erwähnte Interdikt des Fruktuarius kein direktes Interdikt sein kann.

[26]) Randa bemerkt S. 113 Note 6 über die l. 3 § 5. 6. D. l. c.: „Das Hineinragen eines Projectum ist keine Handlung; nur der Besitzer, der ihn baute, könnte geklagt werden." — Das Gesetz unterscheidet aber überhaupt nicht, ob der Verklagte die Projectio selbst gebaut hat oder etwa ein Vorbesitzer. (conf. auch Bruns S. 81.)

[27]) Cujacius Obser. V. 12 will gerade umgekehrt das Wort „inutile" durch das Wort „utile" um deshalb ergänzen, „quia uterque possideat". Er übersieht, daß der beiderseitige Besitz sich eben aufheben würde.

Derselben Ansicht ist Labeo, welcher meint: Beide Nachbarn müßten gegenseitig das Interdikt haben, beide Interdikte würden sich aber gegenseitig aufheben, so daß das Haben der Anlage mit dem Interdikt nicht verboten werden könnte.

Aus der Fassung, die Labeo den sich gegenseitig aufhebenden Interdikten giebt, lernen wir aber gleichzeitig ein Doppeltes,

a) daß auch die künftige Anlage eines Vorbaus nicht mit dem interdictum uti poss. verboten werden konnte.

Willst Du Besitzer des dienenden Grundstücks das Interdikt etwa so anstellen: wenn wir den Grund und Boden besitzen, der durch den Vorbau bedeckt werden wird. Der Gebrauch des Futurums „tegetur" deutet unzweifelhaft auf einen erst vorzunehmenden Vorbau, während sonst hauptsächlich der vorhandene Vorbau ins Auge gefaßt wird.[28])

b) daß die Anstellung eines Interdikts hinsichtlich des superfiziarischen Rechtsbesitzes auch für überflüssig erachtet wird.

Oder soll ich, Besitzer des herrschenden Grundstücks, damit ich den Besitz meines Vorbaus noch leichter zurückbehalten kann, mit dir so interdiziren, wie wir jetzt die Gebäude besitzen, aus denen projizirt ist. Dies wäre ganz überflüssig, da der Besitz schon in der Anlage gegeben ist, einer weiteren Feststellung nicht bedarf, auch seine Beseitigung mit dem interdictum uti possid. so wie so nicht gefordert werden kann.

Nunmehr folgt ein Fall, in welchem man meinen könnte, daß der Superfiziar dennoch das interdictum uti possidetis habe, nämlich wenn er die ganze Superfizies wie ein Eigenthümer benutzt und den Zugang von der Straße her hat. Dann aber liegt nicht sowohl superfiziarischer, sondern eigentlicher Besitz vor. Für diesen Fall wird dahin entschieden: Wenn auch der Eigenthümer des Bodens die Fortschaffung der superficies mit dem interdictum uti possidetis nicht erzwingen kann, so hat er das letztere doch so weit, als er durch den superfiziarischen Besitz nicht beschränkt wird, und als ihm das vermuthete Recht zur Seite steht, den Superfiziar (aber nicht den superfiziarischen Besitzer einer Servitut) schützt der Prätor auf Grund eines besonderen Interdikts.

Wenn nun aber auch das interdictum uti poss. gegen den Rechtsbesitzer einer superfiziarischen Servitut und insbesondere einer solchen, die sich nur als Theil des vollständigen Besitzes am herrschenden Grundstücke darstellt, insofern inutile ist, als die Beseitigung des Rechtsbesitzes durch dasselbe nicht gefordert werden kann, so wird doch für keinen

---

[28]) Hierdurch wird auch der scharfe Gegensatz des Futurums „tegetur" und des „nunc possidetis" in das gehörige Licht gestellt.

Rechtsbesitzer die Rechtsvermuthung streiten, sondern für den vollständigen Besitzer, und zu Gunsten desselben bleibt wenigstens dieser Rechtseffekt des interdictum uti poss. bestehen.

Aus unsrer Auffassung des interdictum uti possidetis als der Klage auf Anerkennung des vermutheten Rechts ergiebt sich aber zur Evidenz, daß die gemeine Meinung über die Beweislast bei der Negatorienklage das Richtige getroffen hat. Der unvollständige Besitzer und der Rechtsbesitzer haben immer zu beweisen, weil sie ein interdictum uti possidetis und mit ihm das vermuthete Recht nicht haben.[29])

Nach dem Obigen können wir es Randa nicht zugeben, daß der § 323 A.b.G.B. und die §§ 179—183 A.L.R. I. 7 nur dem Besitze gegenüber die Aufforderungsklage ausschließen wollen. Der § 323 A.b.G.B. sagt im Anfange ganz ausdrücklich, daß der Besitzer einer Sache die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe, und zieht daraus nur eine der Konsequenzen, daß der Besitzer also zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden könne. Die Vermuthung der §§ 180—183 A.L.R. I. 7 wird vom preußischen Ober-Tribunal mit Recht dahin interpretirt, daß es zur Begründung der Negatorienklage gegen denjenigen, welcher im Besitze eines Rechts geschützt ist, des Beweises des besseren Rechts nicht bedürfe (Koch Note 6).

Aus der Rechtsvermuthung folgt mit Konsequenz, daß der eigentliche Sachbesitzer nicht zur Klageanstellung aufgefordert werden kann. Er stützt sich auf sein vermuthetes Recht, er kann deshalb nicht blos die Klage, sondern den Nachweis des fremden Rechts erwarten, l. 1 § 6 uti possidetis:

> actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat.

Die Aufforderungsklage ist vielmehr die einzige, ausnahmsweise gestattete Klage des vermutheten Rechts gegen denjenigen, welcher trotz der Vermuthung sich eines Rechts berühmt.

---

[29]) Selbst der possessor pro alieno hat das vorläufige Recht, nicht das vermuthete Recht,

l. 10 C. de pign. act. 4. 24:

> ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti.

Noch weniger kann das letztere also der bloße Rechtsbesitzer haben. Das vermuthete Recht duldet seiner Natur nach keine Ausdehnung, und deshalb ist auch das interdictum uti possid. von den Römern in seiner Beschränkung festgehalten, das vorläufige Recht ist dagegen in den Spezialinterdikten ausgedehnt, wenn man auch zugeben muß, daß hierzu auch das interd. uti poss. in gewissen Fällen verwendet ist.

Trotzdem der österreichische Gesetzgeber diesen Gedanken in dem § 323 A.b.G.B. folgerichtig entwickelt, meint Randa dennoch, es sei keine Folge des Sachbesitzes, sondern allein des Rechtsbesitzes, daß der Besitzer eines Rechtes nicht mit der Aufforderungsklage zur Darthuung dieses Rechts provozirt werden könne. Allerdings heißt es im § 324 wirklich:

„Diese Aufforderung findet auch dann noch nicht Statt, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freiheit des Eigenthums sich nicht vereinbaren lasse;"

aber es ist für die Theorie des Besitzes im hohen Grade verwirrend, dies als Konsequenz des Rechtsbesitzes aufzufassen.

Der Rechtsbesitzer ist der umfassendsten Aufforderungsklage unterworfen, der Negatorienklage, und hat dieser gegenüber stets sein Recht darzuthun. Die Aufforderungsklage kann allein deshalb gegen ihn versagt werden, weil zwei denselben Zweck verfolgende Rechtsmittel überflüssig sind, und sie nur als subsidiarisches Rechtsmittel angesehen wird. Aus der Natur des Rechtsbesitzes ist aber diese Konsequenz am allerwenigsten abzuleiten.

Der unvollständige körperliche Besitzer kann zwar auch die Klage des Eigenthümers erwarten, hat aber auf die bloße Klage hin sein Recht nachzuweisen. Der Rechtsbesitzer muß dem interdictum uti poss. sein Spezialinterdikt entgegenstellen, und kann dann allerdings die Klage des definitiven Rechts erwarten, gegen die er den Beweis zu übernehmen hat. Von diesen Regeln giebt es nur eine Ausnahme. Es ist gestattet, das Höherbauen des Nachbarn vorläufig zu verhindern, dennoch ist man gezwungen, sofort die Klage über das definitive Recht anzustellen (conf. 6 § 1 D. si servit. vind. 8. 5 und § 2 J. IV. 6), wenn der Nachbar Kaution leistet.

E. Das absolute und definitive Recht zu behalten.

Nach den vorhergehenden Ausführungen ist der Besitz die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, garantirt durch das Recht der Gewalt gegen die Gewalt, durch das Recht gegen die Klage des vorläufigen Rechts, gegen die Klage des definitiven Rechts seitens der Unberechtigten zu behalten, und durch die Rechtsvermuthung.[30]) In dieser Gestalt behält er, obgleich er in einer bestimmten Beziehung Recht ist, einen Theil von Unrecht. Zum definitiven und absoluten Rechte

[30]) Als Recht zu behalten bleibt der Besitz stets insofern ein Faktum, als er mit der Wirklichkeit zusammenfällt.

steigert sich der Besitz nur dann, wenn alle Rückforderungs- und Forderungsrechte ihm gegenüber fortfallen, l. 10 C. de poss.:

utramque autem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur.[31])

In jeder Gestalt behält der Besitz seinen ursprünglich gegebenen Inhalt, die Möglichkeit der körperlichen Herrschaft bei. Die Steigerung liegt nur in dem Mehr der rechtlichen Garantien, mit denen der Inhalt des Besitzes umgeben wird.

F. Rechtsfolgen des Besitzes.

Von den Rechtsgarantien, die den Besitz im juristischen Sinne erst erzeugen, sind seine Rechtsfolgen zu sondern. Zu den letzteren gehört die conditio usucapiendi.

Savigny erklärt § 2 S. 29 die Usukapion für eine Rechtsfolge des Besitzes, weil es der Besitz an sich, abgesondert von jedem anderen rechtlichen Verhältniß sei, wovon die Usukapion, also der Erwerb des Eigenthums abhange. Zwar ist der angegebene Grund durchaus unrichtig, da die Usukapion außer dem Besitze Zeitablauf, Titel, guten Glauben voraussetzt, und deshalb scheint Randa die Ersitzung von den Rechtswirkungen des Besitzes ganz ausschließen zu wollen. Aber dennoch bleibt es wenigstens für das römische Recht dabei, daß der Besitz eine der nothwendigen Bedingungen der Ersitzung ist, und daß sie in dem Verhältniß von Ursache und Wirkung stehen, wenn der Besitz auch nicht die einzige Quelle der Usukapion genannt werden kann. Daher heißt es in l. 25 D. de usurp. et usuc.:

sine possessione usucapio contingere non potest,

die Römer sprechen wiederholt von einer possessio ad usucapionem (l. 1 § 15 D. de A. vel A. P.), und es läßt sich nicht leugnen, daß das Hauptthema der Titel 2—10 des 41. Buches der Usukapionsbesitz bildet.

---

[31]) Förster sagt § 162:

„Wenn nun zwar hiernach der vollständige Besitzer berechtigt ist, wie ein Eigenthümer die Sache sich zu unterwerfen, so unterscheidet er sich doch von diesem sehr wesentlich dadurch, daß das Recht des Eigenthümers das absolute Recht über die Sache, das des Besitzers immer nur noch ein relatives ist — insofern nämlich, als neben und gegen das Eigenthum ein höheres, besseres Recht nicht gedacht werden kann."

Hier wird der Unterschied des Natural- und vollkommenen Civilbesitzes als der des relativen und absoluten Rechtes bezeichnet, während die Besitzrechte insofern sehr wohl absolut sein können, als sie gegen Jeden ausgeübt werden.

Eine Rechtsgarantie des Besitzes ist aber die Usukapion um deshalb nicht, weil durch sie eine Rechtsgarantie erst erzeugt werden soll.

Andrerseits verhindert vorhandener Besitz den Eintritt der Verjährung.[32])

Es ist eine fernere Rechtswirkung des Besitzes, daß er das Vertragsrecht, eine Sache zu fordern, aus seiner Abhängigkeit vom Vertrage und von der Obligation erlöst, daß er dasselbe aus der Konkurrenz mit den sonstigen Obligationen des Auktors emporhebt und ein unzerstörbares Recht schafft, indem die nunmehrigen Traditionen des Auktors theils unmöglich gemacht, theils jeden rechtlichen Effekts beraubt werden, mit Einem Worte, daß durch ihn, die übrigen Bedingungen vorausgesetzt, das Recht zu einem dinglichen erhoben wird, l. 20 C. de pactis 2. 3:

> traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Savigny und Randa scheinen uns diese Rechtswirkung des Besitzes denn doch zu verkennen. Der erstere sagt:

> allein der Besitz als eigener dauernder Zustand ist keineswegs der Grund dieses erworbenen Rechts, da er selbst erst in dem Momente anfängt, mit welchem das Eigenthum erworben wird.

Wir sollten doch aber meinen, daß der Umstand, daß der Eigenthumserwerb in bestimmten Fällen nur durch den Besitzerwerb sich vollzieht, sie also vereint auftreten können, auf das Verhältniß von Ursache zur Wirkung hinweist. Umgekehrt, wenn sie niemals gleichzeitig auftreten, wäre zu folgern, daß sie auch nichts mit einander zu thun haben.[33]) Die Römer lehren ausdrücklich, daß durch den Besitz das Eigenthum erworben werde (per possessionem dominium quaerere l. 20 § 2 de A. A. D. § 5 J. per quas pers.) Auch hier ist nur richtig, daß der Besitzerwerb nicht die einzige Bedingung des Eigenthumserwerbes ist.

Noch weniger kann man sich mit der Behauptung Savigny's einverstanden erklären, daß der Erwerb des Besitzes und der Erwerb des Eigenthums, was die Natur der erwerbenden Handlung betrifft, in den Fällen der Okkupation und Tradition unzertrennlich verbunden seien. Besitzerwerb und Tradition ist eine Quelle des Eigenthumserwerbs, aber

---

[32]) Man pflegt unter den Rechtswirkungen des Besitzes auch das Retentionsrecht zu nennen. Aber das Retentionsrecht folgt nicht aus dem Besitze. Vielmehr erhebt die Inanspruchnahme eines Retentionsrechtes die Detention erst zum natürlichen Besitze, der nun nicht anders als durch den Richter aufgehoben werden darf.

[33]) Randa S. 93: „Besitz und Eigenthum werden hier zu gleicher Zeit erworben und ist daher (?) Letzteres keine Folge des Ersteren."

nicht die einzige, sie können sich vereint vollziehen, brauchen es aber nicht. Savigny sagt S. 44 selbst, daß die Existenz des Besitzes von allen den Regeln unabhängig sei, welche das Civilrecht oder auch das jus gentium über den Erwerb und Verlust von Rechten aufgestellt haben; wie kommt er nun dazu, die unzertrennliche Verbindung von Besitzerwerb und Eigenthumserwerb zu behaupten?[24]) Die l. 8 C. de possess. wird von Savigny unrichtig aufgefaßt. Der Kaiser verordnet, daß wir aus Nützlichkeitsgründen durch einen Stellvertreter Besitz erwerben, daß der Eigenthumserwerb nur dann eintreten solle, wenn er sich vom Besitzerwerbe nicht trennen lasse. Die Möglichkeit der Trennung wird gerade ausgesprochen. Richtig ist nur,

a) daß in den Fällen der Okkupation und Tradition der Eigenthumserwerb nothwendig auch den Besitzerwerb enthält, während der Besitzerwerb kein Eigenthumserwerb zu sein braucht,

b) daß im Allgemeinen[25]) die Elemente des Besitzerwerbsaktes dem Eigenthumserwerbsakte entnommen sind, aber andrerseits nicht alle, so daß sich stets die Möglichkeit vom Auseinanderfallen des Besitzes und Eigenthums ergiebt.

In noch größerer Gefahr befindet sich der moderne Gesetzgeber, die geschilderte Rechtswirkung des Besitzes zu verkennen. Ueberall in der neueren Literatur begegnet man der Behauptung, daß der Eigenthumserwerb sich durch die Eintragung allein vollziehe, daß der Besitz in seinen Funktionen durch die Eintragung ersetzt sei, ja es ist bekannt, daß der preußische Gesetzgeber in dem Gesetze vom 5. Mai 1872 die s. g. dinglichen Wirkungen der Tradition ganz zu beseitigen beabsichtigt. Aber auch jetzt muß der Besitz das Recht gegen neue Verträge des Auktors und gegen Traditionen sichern. Diese Wirkungen sind freilich nunmehr auch der Eintragung beizulegen, und hat sie den ferneren Rechtseffekt, daß sie das erworbene Recht auch gegen fernere Eintragungsbewilligungen sichert. Wie aber hieraus folgen soll, daß die Tradition, welche sich auf eine Rechtspraxis von Jahrtausenden stützen kann, überflüssig geworden sein sollte, ist nicht einzusehen. Ob und inwieweit man den Besitzer eines Grundstücks gegen das Andringen der persönlichen Gläubiger seines noch eingetragenen Auktors schützen soll, ist eine besondere nur aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit zu lösende Frage.

---

[24]) So spricht Ihering S. 143 von der extensiven Kongruenz des Besitzes und Eigenthums.

[25]) Der bedeutendste Fehler der Savigny'schen Lehre vom Besitzerwerbe liegt darin, daß er entgegen der l. 3 § 21 de poss. nur Okkupation und Tradition als Erwerbsarten des Besitzes auffaßt.

Der preußische Gesetzgeber scheint sie im Allgemeinen verneint zu haben, trotzdem es an sich keineswegs so unbedenklich erscheint, langjährige Besitzer ohne Weiteres wieder in den Konkurs ihrer Auktoren zu verwickeln.

Der Besitz äußert auch Rechtswirkungen auf dem Gebiete des zweiten unmittelbaren Rechtes, dem des Verfügungsrechts. Für das römische Recht läßt sich dies freilich mit guten Gründen bestreiten, weil nach demselben materielles Recht und Verfügungsrecht in fester Verbindung stehen, aber nach der Praxis des gemeinen Rechts hat man anzunehmen, daß derjenige Besitzer rechtsgültig über die Sache verfügen kann, der sie mit dem Willen des Auktors, Eigenthum zu übertragen, erworben hat. Auch hier hat das moderne Recht ein Verfügungsrecht auf Grund der Eintragung konstruirt, aber auch hier ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Verfügungsrecht auf Grund des Besitzes beseitigt werden sollte. Wir halten es gerade für die Aufgabe der modernen Gesetzgebung und Wissenschaft, die Grenzen zwischen Besitz und Eintragung genau festzustellen, es dürfte aber ein nicht zum Leben führendes Radikalmittel sein, eins der beiden Rechtsinstitute einfach fortzuschneiden.

§ 7. Schutzmittel des Besitzes (Rückforderungsrechte).

Die moderne Theorie stellt zwei verschiedene Kriterien der Besitzklage auf. Sie findet das besondere Merkmal derselben

a) im Fundamente der Klage, daß sie gestützt wird auf den Besitz des Klägers,

b) in dem Charakter des geltend gemachten Anspruchs darin, daß die Einrede eigenen definitiven Rechts ausgeschlossen ist.

Als possessorische Klagen bezeichnet Savigny

S. 382 § 35:

die, welche auf den Besitz des Klägers sich gründen, d. h. die unter der Bedingung angestellt werden können, daß der Kläger ein jus possessionis wirklich erworben hat;

S. 395:

die, welche durch den bloßen Besitz begründet sind.[1])

Es wird S. 383 ausdrücklich davor gewarnt, das Merkmal der possessorischen Klagen in ihrem Zwecke zu suchen.

[1]) Dies soll doch wohl heißen: Klagen, welche auf den bloßen, zu Unrecht aufgehobenen Besitz gegründet werden. Denn Klagen werden in der Regel dem Besitzer nicht gegeben, l. 1 § 6 uti possid.:

actio enim nunquam ultro possessori datur.

Savigny lehrt aber andrerseits, daß der Besitz geschützt werden soll, abgesehen von allem Eigenthum; auch nach ihm ist es der Charakter der possessorischen Klagen, daß der Einwand definitiven Rechts ausgeschlossen ist.

Die Aufstellung dieser beiden Kriterien für die Besitzklage hat ihren Charakter derartig verwischt, daß man kaum noch weiß, was man für eine Besitzklage halten soll.

Streit herrscht allein nicht in Bezug auf das interdictum uti poss., weil dies in der That allein auf den Besitz gestützt wird und zugleich die Einrede definitiven Rechts ausschließt.

Schon bei dem in Verbindung mit der Spolienklage erweiterten interdictum unde vi beginnt der Zweifel, da der Ausschluß der exceptio dominii nicht ganz sicher ist.

Savigny hält ferner § 42 das interdictum de precario für ein possessorisches Interdikt, und wir meinen nach der Definition zu a. mit vollem Rechte; denn es wird allein auf den früheren Besitz gestützt, und es ist gleichgültig, ob der precario rogatus Eigenthum gehabt hat, oder nicht,

l. 7 D. de precario 43. 26:

sed et si eam rem, cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto;

l. 8 D. eodem:

ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cujus res est.

Aber es unterliegt keinem Zweifel, daß dem scheinbaren Empfänger des Prekariums die Einrede des eigenen Eigenthums gegeben ist, l. 4 § 3 eodem:

idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse.[2])

Ihering (S. 96 ff.) und Bruns (S. 182 ff.) vindiziren deshalb dem interdictum de precario einen petitorischen Charakter.[3]) Wenn aber Ihering fragt:

---

[2]) Randa meint S. 136 Note 26, die sog. Einrede des Eigenthums sei vielmehr negative litis contestatio. Der Empfänger des Prekariums wird aber wohl sein Recht zu erweisen haben.

[3]) Außer der l. 4 § 3 de precario wird als Grund gegen die possessorische Natur des interd. de precario angeführt,

a) daß es als interd. recup. poss. niemals bezeichnet werde;

die bloße Stellung in den Pandekten kann aber nicht entscheidend sein;

b) daß es nicht nothwendig Besitz in der Person des Konzedenten voraussetze, l. 18 de prec.;

„Was bleibt für den possessorischen Charakter des interd. de precario noch übrig, wenn es denselben in allen wesentlichen Punkten verleugnet? Nichts als der Umstand, daß es auf Herausgabe des Besitzes gerichtet ist,"

so ist ihm zu antworten: dasjenige, was er selbst für das Kriterium der possessorischen Klage hält, daß es gestützt wird allein auf den zu Unrecht aufgehobenen Besitz.[4])

Bruns nennt die s. g. Besitzkondiktionen und die actio spolii des Mittelalters possessorische Rechtsmittel, trotzdem die Akten noch lange nicht zu seinen Gunsten dahin geschlossen sind, daß gegen diese Klagen die Einrede des eigenen definitiven Rechts nicht stattfinde.[5])

Ja, Ihering versteigt sich zu der kühnen Behauptung, daß die hereditatis petitio ein possessorisches Rechtsmittel enthalte, er meint S. 87:

es fehlt hier zwar der Besitz, aber nicht die Besitzidee.

Eine gewisse Konsequenz wollen wir diesem Gedanken nicht absprechen, denn es ist sicher, daß die Erbschaftsklage allein auf den zu Unrecht aufgehobenen Besitz des Erblassers gestützt wird, l. 19 pr. de her. pet. 5. 3; nicht so sicher aber ist es, daß gegen die hereditatis petitio der Einwand eigenen Rechts nicht gegeben ist.[6]) Da aber auch nach Ihering die prinzipielle Ausschließung der Eigenthumsfrage, also der Frage des definitiven Rechts, dem Besitze seinen eigenthümlichen Charakter aufdrückt, so ist der Gegensatz, in welchem die Behauptungen Iherings stehen, ebenfalls nicht zu verkennen.

Was meint endlich die herrschende Theorie zu der Negatorienklage? Man wird nicht bestreiten, daß die Praxis sie in der Regel auf den bloßen vollständigen Besitz gründet.[7]) Ist sie in dieser Gestalt possessorisch oder petitorisch? Gemäß des Erfordernisses zu a ist sie possessorisch, nach dem Erfordernisse zu b petitorisch.

Ihering steht voll und ganz unter dem Banne des Savigny'schen Gedankens über die Natur der possessorischen Rechtsmittel. Er sagt S. 85:

---

diese Voraussetzung ist aber unbedingt bei keiner Besitzübertragung nothwendig, l. 21 de poss. Der Besitzer kann stets durch seine bloße Erklärung den Besitz auf einen Nichtbesitzer übertragen und sich so ihm gegenüber in das Verhältniß eines bloßen Stellvertreters und Prekaristen stellen;

c) daß es nicht neben der Stipulationsklage gegeben werde, l. 15 § 3 de precario.

[4]) conf. l. 7 l. c.

[5]) Ihering S. 137, 138 hält daher die Besitzkondiktionen nicht für possessorische Rechtsmittel.

[6]) conf. Bruns S. 16.

[7]) Pr. Nr. 2008 des Pr. O.Tr. vom 29. April 1848 und die bei Rönne zu A.L.R. I. 7 §§ 175. 176 sub Nr. 4 und 5 angegebenen Erkenntnisse.

„Gleich den possessorischen Klagen setzt auch die hered. petitio den Beweis des thatsächlichen Habens an die Stelle des Beweises des Rechts. Der Begriff des possessorischen Schutzes bestimmt sich darnach, ob ein thatsächliches Verhältniß ohne Beweis des Rechts anerkannt und geschützt wird." [8])

Ja, seine gesammten Deduktionen und selbst seine Besitztheorie finden ihre Berechtigung nur in dem Savigny'schen Kriterium zu a. Nur wenn man davon ausgeht, daß der Charakter der Besitzklage in dem Fundamente und allein darin zu suchen sei, daß sie auf den Besitz gestützt wird, kann man für die maßlose Ausdehnung derselben in die Schranken treten, denn auch wir vermögen nicht einzusehen, wie man den Bestohlenen zwingen kann, bei Verlust seines Rechts den diabolischen Eigenthumsbeweis der Glossatoren zu führen, der unter Umständen nicht bloß unmöglich, sondern auch stets überflüssig ist; nur unter dieser Bedingung läßt sich verstehen, daß man das Wesen des Besitzes [9]) in der Beweiserleichterung findet. So wird uns freilich klar, weshalb die hereditatis petitio die Rolle eines possessorischen Rechtsmittels übernehmen muß, wir stehen aber bei dieser Auffassung nicht an, selbst die Vindikation so zu bezeichnen, soweit man sie auf Grund des Verlustes des Besitzes wider Willen zuläßt. [10])

Aber auch Ihering huldigt der Dialektik des Augenblicks, welche er Savigny in so scharfer Weise zum Vorwurfe macht. Bald ist ihm das possessorische Rechtsmittel dasjenige, welches allein auf den Besitz gestützt wird, bald dasjenige, welches durch die Einrede eigenen Rechts nicht gebrochen werden kann.

Die Savigny'sche Definition zu a ist aber aus dem Grunde unrichtig, weil keine Rückforderungsklage auf den bloßen Besitz gestützt wird, sondern jede derartige Klage früheren und zu Unrecht aufgehobenen Besitz voraussetzt. Man kann die Rückforderungsklagen nach der Qualität des vom Kläger früher erworbenen Besitzes unterscheiden, diese Unterscheidung aber hat wenig Zweck, da man auch vorläufige Rück-

[8]) S. 106: „ein Besitzrechtsmittel d. h. ein solches, welches nichts als den Beweis des Besitzes und der behaupteten Entziehung desselben voraussetzt."

[9]) Ihering S. 127: „Man lege sich unbefangen die Frage vor, ob es denn irgendwie zu rechtfertigen ist, daß in solchen Fällen, wo die Entziehung des Besitzes unter den Begriff der vis fällt, der Beweis des bloßen Besitzes genügen, dagegen in allen anderen Fällen der des Eigenthums erfordert werden soll (conf. S. 130. 131).

[10]) Bruns spricht S. 214 von einer Vindikation der Sache aus bloßem Besitze, ja aus bloßer Detention. Legt man den Savigny'schen Begriff der possessorischen Klagen zu a zu Grunde, so ist dies offenbar eine contradictio in adjecto. Es handelt sich darnach um eine Besitzklage.

forderungsklagen nur bei qualifizirt erworbenem Besitz zu geben braucht, und umgekehrt das definitive aber relative Rückforderungsrecht nicht auf den qualifizirt erworbenen Besitz einzuschränken nöthig hat, wie dies die Römer ursprünglich in der Publiciana allerdings gethan haben.

Unsres Erachtens liegt die Sache dahin: Der Charakter einer possessorischen Klage im weiteren Sinne ist in dem Zweck derselben zu suchen, nicht darin, daß sie den Besitz verschafft, sondern darin, daß sie den Besitz schützt, sei es auch nur dadurch, daß sie ähnlich dem Kriminalrecht eine Verpflichtung an seine Verletzung knüpft. In diesem Sinne ist nicht nur das interdictum uti poss., sondern sind sämmtliche Rückforderungsklagen (interdictum unde vi, relative Rückforderungsklage des deutschen Rechts, publiciana, vindicatio) Schutzmittel des Besitzes, indem sie seine Verletzung rückgängig machen. Unter sich sind sie aber nach dem Charakter der Klage aufs Genaueste zu scheiden. Es giebt

a) Rückforderungsklagen vorläufigen Rechts,
b) Rückforderungsklagen definitiven aber relativen Rechts,
c) Rückforderungsklagen definitiven und absoluten Rechts.

Die Klage zu a pflegt man im strengeren Sinne als possessorisch zu bezeichnen, die Klage zu b wird bald zu diesem, bald zu jenem Gebiete gerechnet.

A. Das vorläufige Recht zurückzufordern.

Es giebt nur ein vorläufiges Rückforderungsrecht, das interdictum unde vi, die Rückforderungsklage des mit Gewalt entsetzten Besitzers.

Trotzdem hat man auch dem interdictum uti poss. reluperatorische Kraft beigelegt, obgleich dadurch die Prinzipien beider Interdikte durchbrochen werden, obgleich man dadurch zu der Annahme jener unheilvollen possessio ficta seu civilis der Glossatoren gedrängt wird, welche die ganze Besitzlehre zu verwirren geeignet ist.[11] [12])

Savigny sagt S. 407 mit vollem Rechte, die Bedingung, daß der Kläger noch gegenwärtig Besitzer sein müsse, sei gerade bei dem interd. uti poss. so klar bestimmt, daß sie eben hier am wenigsten hätte bezweifelt werden sollen. l. 1 § 1 D. uti poss.: et est prohibitorium ad reti-

[11]) Rudorff sagt Note 137: „Die reluperatorische Wirkung verlangt nicht sowohl die Annahme eines solidarischen, als die völlig unbedenkliche eines relativen Besitzes." — Wir halten es aber durchaus nicht für unbedenklich, einem Nichtbesitzer Besitz zuzuschreiben, und wäre es auch nur einen relativen.

[12]) Korrekt heißt es bei Windscheid § 159 Note 10: „Die Annahme der reluperatorischen Wirkung ist haltbar nur auf dem Standpunkte derjenigen, welche neben der injusta possessio den Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortdauern lassen.

nendam possessionem, Gaius IV. § 166, Paulus Sent. rec. V. 6. 1: quam jam habemus. Es wird mit der exceptio, die auch nur vorhandenen Besitz schützt, auf gleiche Stufe und dem interdictum unde vi entgegengestellt. Es ist aber gewiß bedenklich, diesen bestimmten Aussprüchen gegenüber die reluperatorische Wirkung des Interdikts dennoch zu behaupten, und müßten für diese Behauptung überzeugende Gründe vorgebracht werden. Dieselben fehlen aber gänzlich.

In der l. 1 § 8 uti poss.:

„ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere, palam est,“

wird nur ausgesprochen, daß der vi, clam, precario Besitzende das Interdikt nicht gebrauchen könne. Daß es einem Nichtbesitzer zustehe, ist nicht bestimmt. Stellt ein vitiöser Besitzer das Interdikt an, so kann der Rechtserfolg nur der sein, daß es ihm, wie es so häufig geschieht (l. 3 pr. § 5 uti poss.), inutil ist, der Gegner mag sich der ihm zustehenden Interdikte, des interdictum unde vi, de precario bedienen. Warum für ihn nun wenigstens das Interdikt reluperatorische Wirkung äußern sollte, ist nicht ersichtlich. [13])

Man bezieht sich ferner auf die l. 3 pr. uti poss.:

„si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam; si a me possides, superior sum interdicto.“

Aber Ulpian sagt nicht, daß der Dejizirte das Interdikt gebrauchen könne, sondern folgendes: Wenn beide Parteien Besitzhandlungen nachweisen, die sie beide als gegenwärtige Besitzer erscheinen lassen (si duo possideant in solidum), so soll zu Gunsten desjenigen gesprochen werden, dessen Besitzhandlungen dem anderen gegenüber nicht vi oder clam vorgenommen sind. Auch dies Gesetz setzt daher gegenwärtigen Besitz voraus, und um es praktisch zu finden, braucht man nur dessen eingedenk zu sein, daß nicht jede einseitige Besitzhandlung den früheren Besitz aufhebt, sondern nur die Dejektion. Freilich dürfte dieser Auffassung die Savigny'sche Lehre über den Besitzerwerb widerstreben, doch werden wir unten die Unhaltbarkeit derselben nachzuweisen versuchen.

Am wenigsten kann man sich auf die Duplizität des interdictum uti poss. berufen. Die restitutorische Klage oder Widerklage ist gerade

[13]) Die Gründe Savigny's S. 405 passen nicht weniger auf den nichtbesitzenden Kläger als auf den nichtbesitzenden Verklagten. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb der nichtbesitzende Beklagte das interdictum uti possidetis haben sollte.

das einseitigste Rechtsmittel; bei ihr hat als Kläger derjenige aufzutreten, der die Restitution verlangt, und er hat sein Recht auch zu erweisen. Dagegen liegt es in der Natur des zweiseitigen Rechtsmittels, daß die Rollen der Parteien die gleichen sind, jede als Kläger und Verklagter aufzutreten und insbesondere jede ihre Behauptung zu erweisen hat, also z. B. beim interdictum uti poss. jede den von ihr behaupteten gegenwärtigen Besitz (§ 7 J. de interd. Gaius IV. § 160. l. 10 fin. reg.). Hieraus ergiebt sich also umgekehrt, daß das interdictum uti poss. keine einseitige Rückforderungsklage sein kann. [14])

Auch die Analogie des interdictum utrubi wird wohl vergeblich in's Feld geführt. Denn abgesehen davon, daß es sich auf einen anderen Fall bezieht, ist uns über dasselbe so wenig überliefert, daß ein Schluß aus einer derartigen Analogie sehr gefährlich ist. Außerdem ist wohl nach der l. 1 § 3 D. uti poss. Gaius IV. § 150 zu vermuthen, daß die Römer in dem interd. utrubi gar nicht dasjenige exorbitante Rückforderungsrecht gegeben haben, wie es die moderne Theorie darstellt. Auch bei ihm müssen beide Theile gegenwärtigen Besitz behaupten und beweisen; auch dies Interdikt scheint für die Fälle zweifelhaften Besitzstandes gegeben zu sein. (Sed si inter ipsos contendatur.) Wir vermuthen daher, daß nur dann auf den Besitz des größeren Theiles im Jahre zurückgegangen sei, wenn beide Theile Besitzhandlungen erwiesen, aus denen auf gegenwärtigen Besitz zu schließen war, und dann, wenn die Aufhebung des Besitzes keiner Partei erhellte. Wie unpraktisch und rechtsverwirrend wäre es auch gewesen, wenn ein Trabent den Besitz mit dem interd. utrubi ohne Weiteres hätte zurückfordern können. Gaius läßt denjenigen siegen, qui possidet, woraus ersichtlich ist, daß er die nicht erfolgte Besitzaufhebung voraussetzt. Hauptsächlich wurde offenbar das Interdikt auf dem Gebiete des Sklavenrechts angewendet (conf. den Wortlaut der l. pr. utrubi). Hier war es aber sehr wohl möglich, daß beide Parteien den Sklaven benutzt hatten, daß er bald hier bald dort gewesen war, ohne daß die Aufhebung des Besitzes einer Partei erhellte.

Es läßt sich auch schwerlich behaupten, daß diese Ausdehnung und Verzerrung des interd. uti poss. ein praktisches Bedürfniß sei, oder aus

[14]) Die Glosse meint, der Prätor habe in der Formel den Besitzer aus Höflichkeit mit „Sie" angeredet. Daß sich aber das hypothetische Gebot und Verbot auf beide Parteien bezieht, ergiebt sich aus Gaius IV. § 160: quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur. Der Gebrauch des Präsens und des Plurals in der Formel erklärt sich dadurch, daß der Prätor von beiden Parteien den Nachweis von Besitzhandlungen verlangt, die sie als gegenwärtige Besitzer erscheinen lassen.

der Natur der Sache folge. Es ist vollständig genügend, daß der Prätor den gegenwärtigen Besitz gegen jede Art von Gewalt schützt, daß er aber den Nichtbesitzer nur dann vorläufig wieder in den Besitz einsetzt, wenn er durch vis atrox dejizirt ist. Was aber die Hauptsache ist, durch eine derartige Ausdehnung des interdictum uti poss. würden alle Grundsätze des interdictum unde vi und des interdictum de precario über den Haufen geworfen. Es soll nach den Grundsätzen des interdictum unde vi nur derjenige das vorläufige Rückforderungsrecht haben, der gewaltsam dejizirt ist, bezw. den vergeblichen Versuch der Rückkehr gemacht hat; bei Anwendung des interdictum uti possidetis müßte man auch eine andere Art von Gewalt zulassen, Besetzung gegen Protest, heimliche Besetzung überhaupt. Es wäre unverständlich, weshalb die Römer die Grenzen des Rückforderungsrechtes beim interdictum unde vi so genau bestimmt hätten, wenn sie durch das interd. uti poss. doch wieder durchbrochen wären. Abgesehen ferner davon, daß ein besonderes interdictum de precario ganz überflüssig wäre, wenn man denselben Erfolg mit dem interdictum uti poss. erreicht hätte, läßt das interdictum de precario den Einwand eigenen Rechts zu; nach der Natur des interdictum uti poss. müßte man ihn ausschließen, so daß hier ein unlöslicher Konflikt entstehen würde. Ferner verjährt das interdictum unde vi in einem Jahre, während die Rückforderungsklage aus dem interdictum uti poss. nicht verjähren würde. Alles dies sind Widersprüche, der sich die Römer nicht schuldig gemacht haben können.

Hiernach nehmen wir an, daß die vorläufige Rückforderungsklage lediglich nach den Grundsätzen des interdictum unde vi zu beurtheilen ist.

Das vorläufige Rückforderungsrecht steht uns gegen denjenigen zu, der den Besitz mit Gewalt von uns erlangt hat. Vi aber besitzt nicht bloß derjenige, welcher den früheren Besitzer direkt dejizirt, sondern auch derjenige, welcher den zurückkehrenden Besitzer nicht zuläßt. Das „non admittere“ ist genügend. l. 6 § 1 de poss., l. 1 § 24, l. 12. 18 de vi. Bruns Besitzklagen S. 125 führt wohl mit Recht aus, daß es dabei durchaus nicht nothwendig sei, daß sich der Besitzer einen blutigen Kopf hole. Wenn man sich aber, um noch andere Arten der Gewalt zuzulassen, auf die l. 73 D. de reg. jur. 50. 17, l. 20 § 1 quod vi aut clam 43. 24, l. 1 § 7 eodem bezieht, so übersieht man wohl, daß diese Gesetze überhaupt nicht vom interdictum unde vi sprechen.

Das vorläufige Rückforderungsrecht ist unter Umständen auch gegen den heimlichen Besitzer begründet, wenn derselbe den zurückkehrenden Besitzer nicht zuläßt. Clam aber besitzt, wer sich heimlicher Weise in

den Besitz eingeschlichen hat, l. 73 de divers. reg. jur.:

clam, quod quisque quum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit;

l. 6 § 1 D. de poss.:

clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur;

l. 3 § 7 und 8 quod vi aut clam.

Nicht heimlich besitzt also derjenige,

a) welcher mit Wissen oder Willen des Vorbesitzers den Besitz erlangt hat,

qui sciente aut volente eo, ad quem res pertinet,

b) oder zwar ohne Vorwissen desselben, jedoch so, daß man nach den Umständen die Okkupation für eine gutgläubige ansehen muß,

aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.

Der heimliche Besitzer gilt nun als gewaltsamer Besitzer, wenn er dem zurückkehrenden Vorbesitzer die Sache nicht herausgiebt, l. 6 § 1 de poss.:

verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

Er haftet daher auch nur dann der Klage des vorläufigen Rechts.[15]) Erfolgt aber dieser Versuch der Rückkehr nicht sofort bei der Kenntniß, so vermag sich der heimliche Besitz in einen gewaltsamen nicht zu verwandeln, vielmehr tritt Besitzverlust animo ein, welcher das interdictum unde vi nicht begründen kann. l. 25 § 2 de poss.:

aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem.

Es muß auch die Regel der l. 40 § 3 de poss. angewendet werden, und von einem vorläufigen Rückforderungsrechte kann keine Rede mehr sein:

si servum meum bonae fidei emtori clam abduxerim, respondit, non videri me clam possidere, quia neque precario rogatione, neque conductione suae rei dominum teneri, et non posse clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.

---

[15]) Wie praktisch diese Bestimmung des römischen Rechts ist, ergeben auch die bei Bruns S. 128 angestellten Betrachtungen: Unterläßt der frühere Besitzer aus Nachlässigkeit oder aus Zweifel an seinem Rechte den Versuch zur Rückkehr zu machen, so kann er sich natürlich nicht als besitzirt ansehen, sondern giebt einfach seinen Besitz auf. Dann ist aber auch gar kein Grund, ihm eine Besitzklage zu geben. Der Fiskus vermag die von einem Stadtmagistrat vor längerer Zeit okkupirte Burgruine in possessorio nicht mit der Behauptung zurückzufordern, die Stadt habe die Ruine heimlich okkupirt, und sein Förster nicht gewagt, den Pächter der Stadt zu vertreiben. Bruns findet es sogar klar, daß diese Behauptung lächerlich sei, was ihn aber doch nicht verhindert, für die maßlose Erweiterung der Besitzklage einzutreten.

Der heimliche Besitzer, dessen Besitz sich nicht in einen gewaltsamen verwandelt hat,[16]) kann also einwenden, daß er Eigenthümer sei, und daher ist die Rückforderungsklage vorläufigen Rechts gegen ihn nicht gegeben. Randa S. 217 Note 17 hält es für eine Singularität des römischen Rechts, daß der Eigenthümer der Sache niemals (?)[17]) als klandestiner Besitzer angesehen wird, aber nur das strenge Festhalten an der so vielfach übersehenen römischen Regel (l. 40 § 3, l. 6 de poss.) dürfte auf dem dunklen Gebiete der possessorischen Klagen zu einiger Klarheit führen.

Der Prekarist haftet niemals der Klage des vorläufigen Rechts, l. 4 § 3 de precario:

idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse,

l. 6 § 4 eodem, l. 45 pr. D. de R. J. 50. 17, l. 15 dep. vel. contr. 16. 3.

Das interd. de precario ist daher kein Rechtsmittel vorläufigen Rechts, sondern des definitiven aber relativen, das unter Umständen auch auf den bloßen zu Unrecht aufgehobenen Besitz gegründet werden kann, l. 7, 8 de prec.

Fast die ganze moderne Besitzliteratur ist darüber einig, daß das possessorische Rückforderungsrecht weit über die dargestellten Fälle von den Römern ausgedehnt sei: es wird vom Versuche der Rückkehr abgesehen, es wird das Erforderniß der Gewalt und der Heimlichkeit verflüchtigt, die Interdikte werden gegen die Sukzessoren gegeben und endlich selbst demjenigen, der zur Zeit der Okkupation selbst nicht besaß.[18]) Man befindet sich allen diesen Behauptungen gegenüber in einer üblen Lage; man kann nie wissen, ob man sich als Gegner oder Anhänger bekennen soll, denn der Begriff der possessorischen Klagen verwandelt sich unter den Händen, da sie bald als Klagen des vorläufigen Rechts, bald als Klagen des definitiven aber relativen Rechts auftreten.

---

[16]) Für den Besitzerwerb ist der Anfang entscheidend: non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est. (conf. auch l. 40 § 2 de poss.) Beim Besitzverluste kommt es aber auf die Kenntniß von der Okkupation an, l. 3 § 6 de poss. Absolut vollendet gegen den Vorbesitzer ist der Erwerb auch erst in diesem Momente, und daher wird für die Frage, ob ein gewaltsamer oder nur heimlicher Besitz vorliegt, der Moment berücksichtigt, wo der Vorbesitzer die Okkupation erfahren hat. Daß die Römer diese Regeln für nicht widersprechend erachtet haben, ergiebt der Umstand, daß sie Ulpian in der l. 6 de poss. vereint vorträgt.

[17]) Dies soll heißen, daß der Eigenthümer, welcher sein Grundstück heimlich okkupirt, unter keinen Umständen vorläufig zur Herausgabe verurtheilt werden kann. Dies scheint jedoch für den Fall, daß der heimliche Besitz in einen gewaltsamen sich verwandelt, nicht richtig zu sein.

[18]) conf. insbesondere Cuj. observ. I. 20.

Wir halten es aber für unrichtig, daß das vorläufige Rückforderungsrecht von den Römern erweitert sei, ja daß es überhaupt die von der Theorie angenommene allgemeine Ausdehnung ertrage.

Schon Savigny findet es S. 431 sehr klar, daß der Besitzer, dessen Haus in seiner Abwesenheit besetzt wird, als dejectus das Interdikt gebrauchen könne, wenn er gleich nicht den Versuch macht, seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten.[19]) Selbst der sofortige Protest bei der Kenntniß erscheint ihm überflüssig, da er ja die Besitzklage aus der heimlichen Okkupation ohne jede Beschränkung zuläßt.[20]) Bei den klassischen Juristen findet sich aber keine Spur einer derartigen Auffassung, L. 1 § 24 de vi:

> idcircoque si quis de agro suo, vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit, et ipse possederit, vi dejectus videtur. L. 6 und 7 de poss.

Cicero orat. pro Caecina cap. 46:

> omnis enim vis est, quae periculo aut decedere nos aliunde cogit aut prohibet accedere.

Eine andere Auffassung als die geschilderte der Römer erscheint auch ganz unpraktisch. Denn will man wirklich auch demjenigen ein vorläufiges Rückforderungsrecht geben, dessen Grundstück zwar heimlich okkupirt ist, der sich aber nachher, ohne den Versuch der Rückkehr zu machen, dieselbe hat gefallen lassen? Wir sollten meinen, es wäre genügend, daß ihm ein definitives Rückforderungsrecht gegeben ist.

Ihering gießt zwar (S. 123) eine ganze Fülle geistreichen Spottes auf die Auffassung Savigny's herab, indem er sie als eine Karrikatur seines eigenen Begriffs der vis als der unmittelbar persönlichen Gewaltthätigkeit bezeichnet, und meint, daß Savigny dem dejectus zwei unmögliche Beweise aufgebürdet habe; dies verhindert ihn aber nicht,

---

[19]) Bruns Besitzklagen S. 131 hält im Allgemeinen den Versuch der Rückkehr für nothwendig, macht aber eine Ausnahme für den Fall, daß der Stellvertreter den Besitz verlassen hat. Dann soll das interdictum unde vi ohne Weiteres gegeben sein. Warum dieser Fall anders und noch dazu günstiger für den früheren Besitzer beurtheilt werden soll, während die Römer wenigstens den Zweifel aufgeworfen haben, ob nicht der Besitz bereits mit der Aufgabe durch den Kolonen aufgehoben sei, vermögen wir nicht einzusehen.

[20]) Auch nach Randa S. 133 Note 19 soll die Singularität der l. 11 C. darin liegen, daß das Erforderniß der vis atrox restringirt wird. Von dieser Restriktion der vis gerade enthält die Stelle kein Wort, die vis wird vielmehr ohne Weiteres geleugnet:

> violentia in ablatam possessionem minime praecedente.

in unmittelbarem Anschluß hieran zu erklären, daß Justinian eine in seinen Augen unzweifelhafte Lücke durch die l. 11 C. unde vi ausfüllte, wenn er dem Besitzer die Mühe und Gefahr erspare, sich erst persönlich dejiziren zu lassen, d. h., daß er die Savigny'sche Auffassung gesetzlich sanktionirte. Aber auch die l. 11 C. unde vi enthält kein Rechtsmittel vorläufigen Rechts. Justinian sagt mit voller Bestimmtheit:

> omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere.

Der Eigenthümer, der die vacua possessio eines Abwesenden okkupirt, wird also nicht zur vorläufigen Herausgabe verurtheilt, es wäre ja auch ganz wunderbar, wenn nicht einmal der Berechtigte in den leer stehenden Besitz eintreten könnte, wenn man ihn überhaupt und selbst dann, wenn er ein Immissionsdekret von Kaiser und Richter erhalten hat, als praedo nach der l. 11 cit. behandeln wollte.

Randa S. 169[21]), Bruns S. 146, Ihering S. 102 sind dahin einverstanden, daß eine Besitzstörung und Entsetzung ohne Zweifel auch dann vorliege und durch possessorische Rechtsmittel wieder unschädlich gemacht werden könne, wenn der Störende im guten Glauben gehandelt hat. Der Begriff der Heimlichkeit soll objektiv zu nehmen sein als das objektive Geheimsein (Bruns S. 136).[22]) Diese Auffassung ist in Beziehung auf das vorläufige Rückforderungsrecht auf das entschiedenste zurückzuweisen. Die Römer definiren den Begriff des clam als die subjektive Verheimlichung:

> qui futuram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur, l. 6 pr. de poss.; qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit, l. 3 § 8 quod vi aut clam, l. 73 § 3 de R. J. A.

Der gute Glaube schließt die heimliche Okkupation aus:

> nec quemquam clam possidere incipere, qui aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.[23])

Nur die subjektiv heimliche Okkupation vermag sich bei dem Versuch der Rückkehr in eine gewaltsame zu verwandeln, sonst haftet selbst der subjektiv heimliche Okkupant der Rückforderungsklage des vorläufigen Rechts nicht; es scheint daher unmöglich, daß jeder Besitzer im guten Glauben dem vorläufigen Rückforderungsrechte unterworfen sei. Wir

[21]) conf. auch Randa S. 216 Note 16.

[22]) S. 72 spricht Bruns von dem objektiven Störungsprinzipe des gemeinen Rechts.

[23]) Allerdings ist es überhaupt verboten, die im fremden Besitze befindliche eigene Sache zu okkupiren, und allein damit kann sich der Okkupant nicht entschuldigen, daß er seine eigene Sache okkupirt habe, § 1 J. de vi bonorum rapt. 4. 2.

wollen den Deliktsstandpunkt Savigny's keineswegs vertheidigen, behaupten aber im engsten Anschlusse an die römischen Quellen, daß nur demjenigen ein vorläufiges Rückforderungsrecht zusteht, welcher den Versuch der Rückkehr gegen den Okkupanten im schlechten Glauben gemacht hat.

Bruns hält die s. g. Besitzkondiktionen für Rechtsmittel des vorläufigen Rechts. Sie beruhen aber auf dem ganz allgemeinen Gedanken, daß derjenige, welcher aus einem Kontrakt oder kontraktsähnlichen Verhältniß zur Rückgewähr oder Gewähr einer Sache mit seinem Vermögen haftbar ist, selbstverständlich nicht einwenden kann, daß die Sache einem Dritten gehöre. Sie haben durchaus nichts Auffallendes. Andererseits ist es aber ein ebenso gemeingültiger Satz, daß der Vertrag über die eigene Sache ungültig ist, l. 15 dep. vel contra 16. 3, l. 16. 18 pr. 18. 1, l. 45 § 1 de R. J.:

> neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.

Die Regel der l. 6 § 1 de precario beschränkt sich daher nicht bloß auf das precarium, wie Bruns S. 183 auszuführen scheint, sondern hat allgemeine Geltung. Auch der condictio possessionis, wie der Rückforderungsklage aus dem heimlichen Besitzerwerbe kann sie entgegengesetzt werden.

Die einzelnen Gesetze sind dieser Auffassung nicht entgegen, bestätigen sie vielmehr.

Die l. 15 § 1 de condict. indeb. 12. 6 sagt:

> sed etsi numi alieni dati sint, condictio competet . . .,

sie setzt also gerade voraus, daß Geld hingegeben ist, welches weder dem Empfänger, noch dem Geber gehört. Der Eigenthümer, der sein eigenes Geld zurückempfängt, dürfte schwerlich zur Herausgabe zu verurtheilen sein, wer das seinige zurückerhält, kontrahirt kein Kontraktsverhältniß aus einem indebitum.

In der l. 33 D. de condict. indebiti 12. 6 heißt es:

> sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat.

Bruns meint zwar: Offenbar handle es sich hier gar nicht um eine condictio possessionis in Betreff des tradirten Bodenbesitzes, sondern um die condictio rei in Betreff des Werthes der Inädifikation. Wenn aber schon wegen der letzteren, die der Kläger auf seine Kosten geschaffen, und auf Grund deren er ein Retentionsrecht haben würde, ihm die condictio indebiti gegen den Eigenthümer abgesprochen wird, so ist schwer einzusehen, wie er sie wegen des Grund und Bodens gegen den Eigen-

thümer haben sollte, da er ja an sich gar kein Recht auf den Grund und Boden hat.

Die l. 31 § 1 depos. vel contra 16. 3 widerlegt ferner die Ansicht von Bruns fast direkt:

> recte dicetur, non contrahi depositum, quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli.

An sich würde dem früheren Besitzer die Rückforderungsklage aus dem Depositum zustehen, der Einwand eigenen Rechts schließt sie aber aus. Auch die actio quod metus causa ist gegen den Forderungsberechtigten ausgeschlossen, l. 12 § 2 D. 4. 2:

> Julianus ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc Edicto non teneri propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit.

Die s. g. Besitzkondiktionen sind daher keine Klagen vorläufigen, sondern definitiven Rechts, mögen sie auf einem Kontrakte oder kontraktsähnlichen Verhältniß, auf einem Delikt oder Quasi-Delikt beruhen; sie schließen, wie dies bei jeder Obligation der Fall ist, nur den Einwand aus, daß ein Dritter berechtigt sei.

Am entschiedensten hat sich aber für die maßlose Ausdehnung der Besitzklagen Ihering ausgesprochen. Er erblickt in der Entwicklung, welche sich in den wenigen selbstständigen werthvollen Leistungen der späteren Kaiserzeit vollzieht, den Uebergang von der auf die bloße vis beschränkten Form des Unrechts zu dem Gedanken des Unrechts schlechthin, der „quaecunque injusta causa amissionis", wie es bei der actio spolii hieß, S. 126, die Befreiung der Besitzidee von einem inneren Widerspruche, S. 128, in der Entbindung des rekuperatorischen Besitzschutzes von der Voraussetzung der vis nur einen durch die Interessen des praktischen Lebens und die Idee des Besitzschutzes gerechtfertigten werthvollen Fortschritt, die Erlösung von der Willkür und gleichsam einer fixen Idee des römischen Rechts und der sich auf dasselbe stützenden Theorie. S. 135.

Wir meinen jedoch, daß Ihering sowohl dem römischen Rechte wie Savigny gerechter geworden wäre, wenn er selbst erst festgestellt hätte, was er unter einer Besitzklage versteht, wenn nicht auch bei ihm, wie im Mittelalter und selbst bei Savigny, der Begriff der Besitzklage stets nach Bedürfniß umschlüge. Wir bestreiten auch ihm, daß die Rückforderungsklage des vorläufigen Rechts in der späteren Kaiserzeit eine Ausdehnung erfahren habe, am entschiedensten aber, daß in dieser Ausdehnung ein werthvoller Fortschritt der Wissenschaft zu erblicken sei. Wenn Ihering die Begriffe sezirt und streng festgehalten hätte, würde

es ihm wohl nicht entgangen sein, daß die mittelalterlichen Rechtsbildungen vielfach unter dem Einfluß der Sprachverwilderung stehen, die er selbst S. 107 der späteren römischen Kaiserzeit nicht mit Unrecht zum Vorwurfe macht.

Er zitirt Stellen, welche sich zwar auf das vorläufige Rückforderungsrecht beziehen, die aber u. E. nicht ganz richtig aufgefaßt werden, dann aber auch solche, welche mit dem vorläufigen Rückforderungsrechte nicht das Geringste zu thun haben.

Von der ersteren Art sind folgende Gesetze:

l. 8 C. unde vi:
momentariae possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur.

l. un. C. ubi de poss. 3. 16:
ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare.

Es mag zunächst mit Savigny und Bruns auf die Fälle hingewiesen werden,[24]) in welchen zwar das Interdikt, aber keine accusatio ex lege Julia möglich wäre, ferner auf solche, in denen zwar keine Gewalt des Verklagten selbst in Rede steht, er vielmehr nur auf dasjenige verklagt wird, was auf ihn gekommen ist. Denn in diesen Fällen bildet die wenn auch nicht vom Verklagten selbst ausgeübte Gewalt den Klagegrund. Die actio momenti der späteren Kaiserzeit umfaßt aber ferner das ganze vorläufige Recht, das interdictum recuperandae, retinendae, adipiscendae possessionis, von denen die beiden letzteren eine geschehene Gewalt niemals zur Voraussetzung gehabt haben.[25]) Gerade der Um-

[24]) Savigny S. 468, Bruns S. 100.

[25]) Gothofred meint, momentum bedeute das interdictum retinendae vel recuperandae possessionis. Er übersieht wohl zu Unrecht das vorläufige Forderungsrecht, wenn auch zuzugeben ist, daß dies kein Schutzmittel des Besitzes ist.

C. Theod. 9. 19. 2:
ut petitori possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas;

C. Theod. 2. 4. 6:
Si quis — momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet.

Es sind auch die ganz allgemeinen Definitionen bei Isidor. Orig. 5. 24. 25. 33 zu vergleichen:
mementum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur.
Interdictum est, quod a judice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur.

stand, daß die actio momenti nicht immer die geschehene Gewalt zur Voraussetzung gehabt hat, zeigt, daß in der Regel oder wenigstens unter Umständen die geschehene Gewalt das Klagefundament bildete, und daß das interdictum unde vi und das interd. uti poss. ohne Modifikationen in das allgemeine Klagerecht aufgenommen sind, wie es denn in den Basiliken auch heißt:

ἡ πρὸς ῥοπὴν νομὴ, ἔχουσα τὸ περὶ βίας παράγγελμα.[26])

Das interdictum unde vi ist daher ein Bestandtheil der actio momenti geblieben und so in seinen Voraussetzungen erhalten. Gerade aber um deshalb, weil die actio momenti alle Klagen vorläufigen Rechts zusammenfaßt, kann sie gar nicht immer eine geschehene Gewalt zur Voraussetzung gehabt haben.

Die Gesetze bestimmen für das gesammte vorläufige Recht ein schleuniges Verfahren und den dinglichen Gerichtsstand, so daß es schon an sich im hohen Grade unwahrscheinlich ist, daß die Kaiser ganz nebenbei die einschneidendste Reform des vorläufigen Rechts vorgenommen haben sollten.

Auf das vorläufige Rückforderungsrecht beziehen sich gar nicht folgende Gesetze:

a) l. 5 C. h. t.:

> Invasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet. (Fall des Irrthums.)

Dies wird vollständig klar aus dem, was Bruns S. 93 über die ursprüngliche Gestalt dieses Gesetzes aus der Sammlung der Agrimensoren mittheilt. Zuerst wird der Streit über den Besitz, d. h. über das vorläufige Recht beendet:

> prius super possessione quaestio finiatur.

Der Feldmesser hat mit diesem Streite, der auf Grund des Interdikts geführt wird, nichts zu thun:

> hoc non est disciplinae nostrae judicium. (Aggenus Urbicus Römisch. Feldmesser nach Lachmann S. 16. 19.)

Nunmehr erst wird der Agrimensor an Ort und Stelle gesandt, und

---

(Bruns S. 88 89.) — Ihering S. 68 bezieht selbst die l. 14 § 3 de exc. rei jud. 44. 2 auf sämmtliche Interdikte; weshalb er nun bei den Codexstellen diese Beziehung wieder leugnet, oder vielmehr nicht berücksichtigt, ist nicht ersichtlich.

[26]) Ebenso wird Bas. VII. 5. 18 das interdictum unde vi als Bestandtheil der actio momenti aufgeführt: περὶ τῆς ἀφειρεθείσης κατὰ βιὰν νομῆς.

nach seinem Gutachten ist auf Grund der l. 5 C. cit. zu befinden, d. h. es ist definitives, nicht vorläufiges Recht zwischen den Parteien festzustellen.

b) l. 6 § 1 C. unde vi:

> sin autem, habito plerumque colludio, curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis jurgandi copia et fructus adimatur, his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienae, sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur, curatores autem vel tutores aeterna deportatione punitos bonorum quoque publicatio persequatur. (Untreue des Vormundes.)

Ihering nimmt an, daß wenn untreue Vormünder eine Sache des Pupillen veräußern, dieser eine Besitzklage auf Rückgewähr habe. Diese Ansicht beruht auf einem Mißverständniß des Gesetzes. Im Anfange der Stelle haben die Kaiser bestimmt, daß alle, welche Ansprüche an ein Grundstück machen, die Besitzer in legaler Weise zu verklagen haben, sich nicht gewaltsam in den Besitz setzen dürfen, und wenn sie es dennoch thun, ihr Recht verlieren. Wenn nun, fahren sie fort, Pfleger oder Vormünder, und zwar meistens in Folge eines heimlichen Einverständnisses, gewaltsam oder in betrügerischer Weise von einer Sache Besitz ergreifen, an denen ihren Mündeln ein Forderungsrecht zusteht, und zwar in der Absicht, daß auch ihren herangewachsenen Mündeln das Klagerecht und infolge dessen der Fruchtgenuß verloren geht, so sollen diese aus der fremden That keinen Schaden leiden, d. h. sie sollen ihr Klagerecht behalten. Dagegen soll dem Eigenthümer, der ja nur obligatorisch zur Herausgabe verpflichtet war, auch sein Eigenthumsrecht erhalten bleiben, ihm soll mithin die Sache sofort zurückgegeben werden, trotzdem er der Obligation noch haftete.

Ihering scheint bei der Interpretation der Stelle einem doppelten Irrthum unterworfen zu sein, einmal indem er meint, es handle sich um einen in Folge der Untreue von Vormündern verlorenen Besitz, während ein von den Vormündern eigenmächtig okkupirter Besitz in Frage steht, andrerseits insofern, als er annimmt, daß es sich um eine Besitzklage, eine Klage des vorläufigen Rechts handle, während nur das Forderungsrecht der Mündel und das entgegenstehende Eigenthum[27]) erhalten werden soll. Dem Eigenthümer soll die Sache zurückgegeben werden. Derselbe haftet freilich noch der obligatorischen Klage der Mündel, da durch die gewaltsame und betrügerische Besetzung der Sache

[27]) So heißt es auch in der westgothischen Interpretation: „sed proprietatem sine dilatione recipiant."

nichts geschehen ist. So gewinnt auch das Wort „illico“ [28]) seine richtige Bedeutung. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Vormünder, wenn sie sich der vis atrox schuldig gemacht haben, auch dann dem interdictum unde vi haften.

Ferner werden die Verordnungen angezogen, in denen bestimmt ist, daß die vacua possessio der Abwesenden, die possessio der Minderjährigen u. s. w., auch wenn sie in Folge eines erschlichenen kaiserlichen Reskripts oder in Folge eines obsieglichen Erkenntnisses in der actio momenti erlangt sei, dennoch zurückgegeben werden solle.

c) l. 3 C. qui legit. pers. 3. 6:

> Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam. Sub colore autem adipiscendae possessionis obreptitia petitio alteri obesse non debet, maxime quum absque conventione personae legitimae initiatum jurgium videatur. Nihil autem opitulatur conventio circa minorem habita, quum id rectius circa curatorem debuerit custodiri;
>
> l. 2 C. si per vim 8. 5, l. 11 C. unde vi.

Ihering schließt aus diesen Stellen, daß die etwaige Vollziehung des Einweisungsbefehles mittelst der actio momentaneae possessionis rückgängig gemacht werden solle, auch Bruns S. 105 bezieht die ganze Stelle auf die actio momenti, und soll nach ihm der Kaiser die nicht gerade neue Verordnung getroffen haben, daß der Verklagte seine Minderjährigkeit und das Erschleichen des Reskripts oder der Klage einwenden könne. Aber die Interpretation von Ihering sowohl wie von Bruns erscheint doch willkürlich. Der Kaiser setzt voraus, daß der Prozeß über die momentanea possessio bereits stattgefunden habe (conventio habita), und verordnet, daß ein derartiger Prozeß dem Sieger nichts nutzen solle, zumal wenn eine nicht legitimirte Person oder gar ein Minderjähriger verklagt worden ist, da die Klage gegen den Vormund zu richten gewesen wäre. Auch die l. 2 C. si per vim 8. 5 hat ihrem Wortlaute nach zur Voraussetzung, daß der Besitz auf Grund des kaiserlichen Reskripts bereits erlangt ist, und wird dies um so klarer, wenn man den

---

[28]) S. 114 legt Ihering alles Gewicht auf die Worte „illico reddatur“, indem er ausführt, daß sie nach späterem Sprachgebrauch das sichere Kennzeichen der act. mom. poss. seien. Ueberzeugend würde seine Argumentation nur sein, wenn der Kaiser das Wort „interim“ gebraucht hätte. Auch jetzt tenorirt die Praxis fast in allen Erkenntnissen: „sofort bei Vermeidung der Exekution“; daraus folgt aber nicht, daß ein vorläufiges Recht in Rede steht. Das Wort „illico“ ist gebraucht, weil zwar der Minderjährige der Vindikation haftet, aber vermöge der Obligation die Sache wieder fordern kann.

im Cod. Theod. 4. 22. 5 ſtehenden Schluß der Stelle berückſichtigt, in dem von dem vitiöſen Beſitz des Sukzeſſors geſprochen wird:

> vitia autem, a majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.

Bei der l. 11 C. unde vi kann es nun vollends keinem Zweifel unterliegen, daß der dem Abweſenden gehörige Beſitz wirklich okkupirt iſt.

Die Sache liegt aber u. E. dahin: Gerade weil die actio momenti immer mehr den Charakter einer Popularklage angenommen hatte, oder vielmehr es bei ihr mit der Aktiv- und Paſſivlegitimation der Parteien nicht ſo genau genommen wurde (l. 3 C. 3. 6, l. 1 C. 8. 5), gerade weil bei ihr eine wenigſtens ſchnellere Kognition ſtattfand (l. 8 C. unde vi), lag die Gefahr nahe, daß durch ſie Jemand den Beſitz erlangte, der ſelbſt kein definitives Recht hatte. Frage war, ob durch einen derartigen Prozeß dem früheren Beſitzer, wenn er auch nicht gerade Eigenthum beanſpruchte oder beanſpruchen konnte, der Beſitz definitiv entzogen war. Dieſe Frage wird verneint, indem dem früheren Beſitzer nicht etwa die actio momenti, ſondern die Klage des definitiven Rechts auf Reſtitution gegeben wurde. Für dieſe Auffaſſung ſcheint auch der Schlußſatz der l. 1 C. si per vim 8, 5 zu ſprechen:

> judicio servato justis legitimisque personis, quum valde sufficiat, possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri.

Es vollzieht ſich ganz naturgemäß die Trennung des Prozeſſes über das vorläufige Recht von dem über das definitive, und ganz im Gegenſatze zu den Ihering'ſchen Deduktionen wird verordnet, daß die Entſcheidung in dem einen auf die in dem anderen von keinem Einfluſſe ſein ſolle.

Auch kann Ihering ſelbſt unmöglich annehmen, daß im Falle der l. 2 C. si per vim 8. 5 der Eigenthümer, der auf Grund eines kaiſerlichen Reſkripts den Beſitz erhielt, als Erſchleicher angeſehen wurde, und daß alle ſeine Sukzeſſoren, auf die das definitive Recht doch übergegangen war, als vitiöſe Beſitzer galten, ja in der l. 11 C. unde vi iſt es, wie wir oben geſehen haben, direkt ausgeſprochen, daß ſich die Verordnung gegen die definitiv Berechtigten nicht richten ſoll.

d) Nichts deſto weniger meint Ihering, geſtützt auf die l. 12 C. de poss. in Verbindung mit l. 5 eodem, daß das poſſeſſoriſche Rückforderungsrecht gegen den dritten, wo möglich gutgläubigen Erwerber ausgedehnt ſei, alſo wenn ein Pächter oder ſonſtiger Stellvertreter das Grundſtück verkauft und trabirt. Wir beſtreiten auch hier, daß es ſich um ein vorläufiges Rückforderungsrecht handelt, und daß ſo ohne Weiteres die intakte Formel der Interdikte, nach welcher nur der unmittelbare Sukzeſſor

getroffen wird, außer Wirksamkeit gesetzt sein könnte. Die Kaiser verordnen ausdrücklich, daß das Eigenthumsrecht nicht vernichtet werden, daß dem Eigenthümer kein Präjudiz erwachsen sollte, damit er aus fremder Schlechtigkeit keinen Schaden leide. Wir sind weit von einer Interpretation entfernt, welche die Gesetze lediglich auf die rei vindicatio bezieht, wodurch ihnen allerdings jede Bedeutung und jeder Sinn geraubt würde, wir vermögen aber uns davon nicht zu überzeugen, daß die Kaiser einen Nichteigenthümer auch gegenüber dem wirklichen Eigenthümer dennoch Eigenthümer genannt haben, mit anderen Worten, daß sie den Dritten, der ein definitives Recht an dem Grundstücke hatte und dies geltend machte, zu Gunsten des früheren Besitzers vorläufig des Besitzes entsetzt haben. Wir weisen auch auf die Fassung der l. 12 C. cit. hin, wonach nur der Schaden, der aus dem definitiven Rechte allein erwachsen kann, von dem Verpächter abgewendet werden soll, während doch der Nichteigenthümer durch die Tradition an den Eigenthümer keinen Schaden erleidet.

e) Am weitesten in der Ausdehnung des possessorischen Rückforderungsrechts geht allerdings Savigny. Gestützt auf die l. 11 C. unde vi behauptet er, daß ein Besitzschutz gegeben worden sei, wo vor der Okkupation der Besitz schon verloren war. Dadurch ist die Interdiktsformel vollständig zerstört, nach welcher der Eine vom Andern besitzen mußte. Nicht mit Unrecht richtet Ihering gegen diese Savigny'sche Ansicht die volle Schärfe seiner Dialektik (S. 120): Savigny würde Justinian die Ungeheuerlichkeit auf, für einen vom Besitzer selber aufgegebenen Besitz einen Besitzesschutz geschaffen zu haben, die danach anzunehmende Ansicht der alten Juristen, welche im gegebenen Falle nur die geschehene Gewalt geleugnet hätten, sei um nichts besser, als wollte sich Jemand gegen die Anschuldigung, einen bereits von einem Anderen Erschlagenen erschlagen zu haben, nicht damit vertheidigen, daß derselbe bereits todt gewesen, sondern damit, daß der von ihm geführte Schlag ihn nicht hätte tödten können. Freilich nimmt sich diese Polemik im Munde von Ihering wunderbar aus, denn er erklärt ja selbst die hereditatis petitio für ein possessorisches Rechtsmittel, trotzdem schon der Tod nach römischer Auffassung den Besitz aufhebt. Er ist also keineswegs sehr weit von der Savigny zum Vorwurf gemachten Ungeheuerlichkeit entfernt, auch könnte man ihm seine eigenen Worte entgegenhalten, es fehle zwar der Besitz, nicht aber die Besitzidee; wir begnügen uns aber an dieser Stelle damit, der Savigny'schen Auffassung gegenüber wiederholt geltend zu machen, daß der Wortlaut des Gesetzes voraussetzt, daß der Okkupant unberechtigt ist, daß der Eigenthümer, der den leer stehenden Besitz wieder einnimmt, kein praedo ist.[29])

Wenn nun Bruns offenbar unter dem Einflusse der Iheringschen Deduktionen sich dahin ausspricht, daß die Grundidee des Besitzes und der legislative Zweck seines Schutzes eine deartige Ausdehnung fordere (S. 85), Ihering es eine fixe Idee nennt, daß die Welt über das interdictum unde vi des römischen Prätors nicht hinausgehen dürfe, daß vielmehr das prätorische Edikt für ewige Zeiten den Kanon des juristisch Denkbaren und Zulässigen abgebe, so stellen wir ihnen den Satz gegenüber: Die Natur des vorläufigen Rückforderungsrechtes spottet der behaupteten Ausdehnung nach allen drei Richtungen hin, soweit es zugelassen wird aus jeder injusta causa, ferner gegen den dritten Besitzer, endlich wo bereits vor der Okkupation der Besitz aufgehoben war. Läßt man eine derartige Ausdehnung zu, so vermögen die Parteien schon in possessorio jeden Rechtsgrund gegen einander geltend zu machen, vorläufiges und definitives Recht verschmelzen, und das erstere stürzt in das durch seine Ausdehnung selbst geschaffene Grab. Der Charakter des vorläufigen Rechts neben dem definitiven beruht in seiner Beschränkung auf bestimmte konkrete Fälle, und der römische Prätor, der diese Fälle in scharfer Weise fixirte, hat sich dem in der modernen Literatur gegen ihn geschleuderten Verdammungsurtheil nicht zu unterwerfen. Auch Justinian hat das alte Recht in Pandekten und Institutionen vollständig vorgetragen, so daß die Behauptung der totalen Beseitigung desselben stets einem berechtigten Mißtrauen begegnen wird.

Zum vorläufigen Rechte gehört auch das Recht, vorläufig zu fordern, die interdicta adipiscendae possessionis des römischen Rechts, die vorläufigen Forderungsrechte aus bereits geschehenen Leistungen, oder aus mit bestimmter Form versehenen Urkunden u. s. w. im modernen Recht.[30]) Auch diese sind in die actio momenti aufgenommen.

---

[29]) Das preuß. O.Tr. sagt in dem Erk. vom 25. Sept. 1863 (Striethorst's A. Bd. 51 S. 127): „Darin allein, daß Jemand ein Grundstück ohne Weiteres in Besitz nimmt, kann ein Akt unerlaubter Privatgewalt nicht gefunden werden."

[30]) Die interd. adip. und recup. poss. werden von den Römern auf eine Linie gestellt, § 1 I. de interd. 4. 15. Manche Interdikte sind sogar in der Weise duplicia, daß mit ihnen der Besitz zu erlangen und wieder zu erlangen ist, l. 2 § 3 D. de interdictis 43. 1:

> Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis.

Dazu scheinen zu gehören:

a) das interdictum Quorum bonor. Tit. II. (Hoc interdictum restitutorium est .... et est adipiscendae possessionis universorum bonorum);

b) das interdict. quod legat. Tit. III. (Est autem et ipsum adipiscendae possessionis § 1; id restituat heredi § 2).

Aus dieser Zusammenfassung des vorläufigen Rechts läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, daß das vorläufige Recht, zu behalten und zurückzufordern, nicht mehr nach den Grundsätzen des interdictum uti possidetis und des interdictum unde vi, das vorläufige Forderungsrecht nicht mehr nach den Grundsätzen der interdicta adipiscendae poss. zu beurtheilen sei. Bei einer derartigen Auffassung würde man aller Bestimmungen des vorläufigen Rechts entbehren. Ja, es dürfte der Nachweis zu führen sein, daß auch die Kaiserzeit von den in den Pandekten gezogenen Grenzen des vorläufigen Rückforderungsrechtes nicht abgegangen ist. Hadrian verordnet:

l. 5 D. ad leg. Juliam de vi publ. 48. 6, l. 37 de jud. 5. 1:

ut prius de vi[31]) quaeratur, quam de jure dominii sive possessionis,

woraus klar wird, daß zunächst eine vorläufige Rückforderungsklage nur aus der Gewalt gegeben werden soll, während demnächst erst über den gegenwärtigen Besitz im interd. uti poss. und im Anschlusse daran über das Eigenthum zu befinden ist. Ebenso heißt es in der l. 7 C. ad legem Juliam 9. 12:

ante omnia violentiae causam examinari praecipimus ....

quem constiterit expulsum, amissae possessionis jura reparentur ...

l. 1 C. de app. 7. 62:

crimen violentiae excutere (Eod. Theod. lib. IV. tit. XXII. u. f. w.).

B. Das definitive aber relative Recht zurückzufordern.

Jeder Besitzer hat das Recht, dem Unberechtigten gegenüber definitiv zu behalten.

l. 28 C. de rei vind. 3. 32:

res alienas possidens, licet tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

l. 2 C. de prob. 4. 19:

quum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.

Jeder vormalige Besitzer, mag er auch zu Unrecht an den Verklagten

---

Es ist nämlich gleich, ob der Erbe bereits vorher Besitz gehabt hat oder nicht, l. 1 § 13 l. c. Illud tenendum, sive a te, sive ab eo, in cujus locum successisti, possideri aliquid coeptum est et cet.

[31]) Cujacius observ. V. 15 interpretirt die Stelle allerdings dahin, daß zunächst über die Gewalt criminaliter zu befinden sei. Dieser Interpretation widerspricht aber die l. 7 C. 9. 12, nach der das Kriminalurtheil sogar bis nach Durchführung der quaestio principalis zu verschieben ist. conf. auch l. 10 C. unde vi.

oder dessen Auktor verloren haben, hat nach römischer Auffassung das Recht zurückzufordern nicht.

Selbst das definitive aber relative Rückforderungsrecht war ursprünglich nur im Interdikt gegeben.[32]) Da das interdictum unde vi gegen den definitiv Berechtigten ging, so haftete ihm auch selbstverständlich der Unberechtigte, der seinerseits kein Mittel hatte, die Sache von dem Sieger wieder abzulangen. Der heimliche Besitzer, dessen Besitz sich nicht in einen gewaltsamen verwandelt hatte, mag ebenfalls zur Herausgabe verpflichtet gewesen sein, so weit ihm nicht selbst das Recht an der Sache zustand.[33]) Der Prekarist haftete dem interdicto de precario, konnte aber das eigene Recht zur Geltung bringen. l. 7 D. de prec., l. 40 § 3 de poss. Der Einwand, daß auch der Kläger an der Sache kein Recht habe, daß dasselbe vielmehr einem Dritten zustehe, und daß so ihre possessio pro possessore besser sei, als der Anspruch des Klägers, war dem Beklagten nicht gegeben. Auch die actio in factum gegen denjenigen, auf den infolge der Gewalt etwas gekommen war (l. 1 § 48, l. 2. 3 pr. § 1, § 18, l. 1 § 48 de vi), dürfte ebenfalls nur eine Klage relativen Rechts gewesen sein. Es läßt sich kaum annehmen, daß ihr auch derjenige haftete, der nur das Seine zurück erhielt.

Der Rückforderungsklage des definitiven, wenn auch relativen Rechts haftet auch derjenige, welcher den Besitz vom Kläger in Folge eines Kontrakts oder Quasi-Kontrakts erlangt hat,

der actio commodati l. 15. 16 de pign. act. 13. 6;
der actio depositi l. 31 § 1 D. 16. 3;
der condictio triticaria l. 2 D. 13. 3;
der condictio indebiti l. 15 § 2 D. 12. 6;
der actio quod metus causa l. 9, l. 21 § 2 D. 4. 2;
der restitutio in integrum l. 23 § 3 ex quibus causis majores 4. 6.

Es folgt dies aus dem ganz allgemeinen Prinzip, daß man der Klage aus einem Kontrakt oder kontraktähnlichen Verhältnisse zwar das eigene Recht (dolo facit, qui petit, quod redditurus est), nicht aber das fremde Recht entgegenstellen kann.

Endlich aber edizirt der Prätor:

„Ich werde auch demjenigen ein Rückforderungsrecht geben, welcher

---

[32]) Das preuß. O.Tr. führt in dem Erk. vom 11. Juni 1861 (Entsch. Bd. 46 S. 58) aus, daß der vorige Besitzer auch außer dem Falle des sog. possessorii summariissimi auf Wiederherstellung des ihm vitiose entzogenen Besitzes klagen könne.

[33]) Die Existenz eines derartigen relativen Rückforderungsrechtes aus der heimlichen Okkupation läßt sich allerdings in Zweifel ziehen, es ist aber doch wohl auf Grund der l. 7 § 5 com. div. X. 3 anzunehmen.

in Folge eines gültigen Rechtsgeschäfts nicht vom Eigenthümer erworben hat (also selbst Nichteigenthümer ist,[34]) auch wenn er noch nicht die Sache ersessen haben sollte."

Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

Sobald der Kläger erwiesen hatte, daß der Verklagte zu Unrecht unmittelbar oder mittelbar den Besitz von ihm erlangt hatte, konnte der Verklagte ihm gar nicht entgegenhalten, daß er selbst nicht Eigenthümer sei, sondern nur, daß er (der Kläger) aus einem nichtigen Rechtsgeschäft erworben und das absolute Rückforderungsrecht des Dritten gekannt habe. Es wird ein neues materielles Rückforderungsrecht eingeführt, das sich auf den Titel und guten Glauben des früheren Besitzers stützt.

Der Charakter des neu geschaffenen Klagerechtes war aber nicht der, daß dem Eigenthümer der Besitz entzogen werden sollte, dem Verklagten stand vielmehr die Einrede eigenen Rechts zu, sondern vielmehr der, daß der gutgläubige Besitzer, der die Sache zu Unrecht an den Verklagten oder dessen Auktor verloren hatte, eher als der Verklagte die Sache haben sollte.

Paulus notat: Exceptio justi dominii Publicianae objicienda est. Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur; ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: si ea res possessoris non sit, sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat, l. 16. 17 de publ. act. 6. 2.

Hiernach wird die publizianische Klage zwar auf den besonders qualifizirten Besitz gestützt,[35]) sie ist aber keine Klage des vorläufigen, sondern des definitiven, wenn auch relativen Rechts.

---

[34]) Ganz im Sinne von Ihering meint die herrschende Theorie, daß die publiciana zur Beweiserleichterung für den Eigenthümer eingeführt sei. So auch Delbrück §3: „Die nächste und wesentliche Bestimmung der publiciana ist also die, den „Eigenthümer zu schützen."

Die Quellen sagen aber das direkte Gegentheil, l. 1 princ., l. 3 § 1, l. 7 § 2, § 11, § 17, l. 9 § 4 u. s. w. de publ. act. Eine Klage, die auf fingirte Usukapion gestützt wird, kann auch keine Klage des Eigenthümers sein. Auch Delbrück erkennt dies an: „In keiner einzigen Stelle wird gesagt, daß der Eigenthümer sich der Klage erfreuen könne."

[35]) Weshalb Savigny nach seiner Definition der publiciana nicht wenigstens den Charakter einer possessorischen Klage zuspricht, ist nicht ersichtlich. Er sagt § 2 S. 29 über den Usukapionsbesitz: „Zwar muß er auf besondere Weise angefangen haben, wenn er jene Wirkung haben soll: aber dabei bleibt er, was er außerdem ist,

Zunächst wurde das relative Recht zurückzufordern nur im Interesse des gutgläubigen Erwerbers anerkannt, der die Sache auf Grund eines vollgültigen Rechtsgeschäfts wenn auch von einem Nichteigenthümer erlangt hatte. Es wurde streng an die Bedingungen der Usukapion gebunden, indem die Römer davon ausgingen, daß derjenige, der überhaupt niemals ein absolutes Recht an der Sache erwerben könne, auch ein Rückforderungsrecht nicht zu haben brauche. Später konnte die Usukapion auch auf einen rechtsungültigen Erwerb im guten Glauben gestützt werden, und so scheint auch die publiciana jedem Erwerber im guten Glauben gegeben worden zu sein:

l. 7 § 11 de publ. act.:

Praetor ait.: qui bona fide emit ....

l. 8 § 1 C. de praesc. XXX vel XL ann.:

si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio (l. 7 § 2 D. de publ.).

Hiermit war aber die Ausbildung des relativen Rückforderungsrechts keineswegs beendet. Ursprünglich gefesselt in die Bande des Interdikts und des vorläufigen Rechts hat es diese Fesseln, die für das vorläufige Rückforderungsrecht fernere Geltung beanspruchen, nach allen drei oben besprochenen Richtungen hin abgestreift.

Die causa des definitiven aber relativen Rückforderungsrechts ist erweitert.

a) Wenn ich nachweise, daß mein Grundstück oder ein Theil desselben in Folge Irrthums oder aus Nachlässigkeit meinerseits besetzt worden ist, so muß mir schon aus diesem Grunde der Besitz zurückerstattet werden, l. 5 C. unde vi. Savigny S. 467 und Bruns S. 95 meinen zwar, der in der Stelle gewählte Ausdruck „domini" zeige deutlich genug, daß von der Vindikation des Eigenthümers die Rede sei, daß die ganze Stelle nur, wie so viele andere, von Tribonian an einem unrichtigen Orte eingerückt worden sei, aber auf das bloße Wort ist nicht Alles zu stützen. Auch der publizianische Kläger, der Nichteigenthümer ist, fordert sein Eigenthum zurück. Gaius IV. § 36:

et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo[36]) ....

Der bloße Besitzer ist in der Zurückbehaltung des Eigenthums stärker,

---

ein bloßes Faktum, ohne anderes Recht, als welches ihm jene Wirkung giebt." Die publizianische Klage wird nun aber nach römischer Vorstellung auf ganz denselben Besitz gestützt, und es soll doch das Kriterium der possessorischen Klage sein, daß sie auf Besitz gegründet wird.

[36]) Inst. IV. 6 § 4: et ita vindicat suam esse.

als derjenige, welcher ihm kein Recht beweist, l. 28, l. 15 C. de reiv., l. 2 C. de prob., Gaius 4 § 148, l. 2 C. de prob. 4. 19 u. s. w. Wer würde sich auch scheuen, die s. g. dingliche Klage des deutschen Rechts mit dem Antrage zu schließen, den Verklagten zu verurtheilen, das Eigenthum anzuerkennen? Aber auch die Römer verstehen unter Eigenthum das vollständige Recht gegenüber dem Unrecht, und deshalb fällt auch das relative Recht unter diesen Begriff, wie dies für das publizianische Rückforderungsrecht in der l. 7 § 6 de publ. act. sogar direkt ausgesprochen ist.

Nicht aus den Worten, sondern aus dem thatsächlichen Fundamente, welches der Klage gegeben worden, ist die Entscheidung zwischen den streitenden Ansichten zu suchen, und bei dieser Auffassung läßt es sich nicht bezweifeln, daß der Kaiser in der l. 5. C. unde vi bereits das definitive Recht desjenigen anerkennt, welchem das Grundstück aus Irrthum oder in Folge seiner Fahrlässigkeit entzogen ist, daß ihm bereits auf Grund dieser Thatsache der Besitz zurückerstattet werden soll, ohne daß dem Verklagten der Einwand verstattet wird, daß nicht der Kläger, sondern ein Dritter absolut berechtigt sei. Noch klarer wird unsre Auffassung werden, wenn man den speziellen Fall berücksichtigt, welcher nach Bruns S. 93 unsrem Gesetze zu Grunde liegt. Zwei Feldnachbarn sind im Streite über ihre Grenzen. Der eine weist dem anderen gegenüber nach, daß er entweder mit Gewalt oder doch wenigstens aus Irrthum oder in Folge der Nachlässigkeit des Klägers ein Stück abgepflügt und seinem Grundstücke zugeschlagen habe. Das Eigenthum des Klägers soll auf Grund dieser Thatsache anerkannt werden, die Restitutionspflicht wird unbedingt ausgesprochen. Auch jetzt würde wohl jeder Praktiker den Einwand des Verklagten, daß Kläger das ganze Grundstück zu Unrecht von einem Dritten erworben und hinsichtlich desselben nicht einmal einen publizianischen Titel habe, als eine unzulässige exceptio ex jure tertii bei Seite schieben.

b) Der Unberechtigte, welcher sich mit der actio momenti oder auf Grund eines kaiserlichen Reskripts in den Besitz namentlich eines Abwesenden setzt und ihn auf diese Weise erschleicht, soll zur Zurückgabe verurtheilt werden, l. 3 C. qui legit. pers. 3. 6, l. 2 C. si per vim 8. 5. Bruns meint S. 107: Wenn etwa auf Grund des Dekrets Gewalt oder Zwang angewendet sei, oder die Vertreter im Irrthume den Besitz hergegeben haben, so trete je nach Umständen int. U. V. oder possessorische actio metus, condictio indebiti u. s. w. ein. Von diesen Voraussetzungen enthalten aber die Gesetze kein Wort, die Rückforderungsklage ist allein auf den Umstand gegründet, daß der Besitz in der angegebenen Weise erschlichen sei.

c) Das definitive aber relative Rückforderungsrecht wird unter Umständen auch gegen Dritte gegeben, so wenn der Pächter oder sonstige Stellvertreter die Sache an einen Dritten veräußert und ihm übergiebt, l. 5 C. de possess., oder ein Dritter sie besetzt, nachdem der Stellvertreter den körperlichen Besitz aus Nachlässigkeit oder aus Absicht verlassen hat. l. 12 C. de poss. Es mag richtig sein, daß sich das letztere Gesetz auf die Fortdauer des Besitzes bezieht, wie Savigny S. 470 ausführt. Wenn nämlich der Pächter den körperlichen Besitz verläßt, verliert der Verpächter den Besitz noch nicht, sondern hält ihn animo zurück, so daß er jedenfalls sofort bei der Kenntniß nachher erfolgter Okkupation den Versuch der Rückkehr machen und bei nicht erfolgter Zulassung das interdictum unde vi anstellen kann.[37]) Aber auch wenn er dies verabsäumt oder der Pächter im Falle der l. 5 C. l. c. den Besitz direkt einem Dritten übergeben hat, so soll ihm hieraus kein Präjudiz erwachsen. Es ist nirgends gesagt, daß der Schade mit dem interdictum unde vi abgewendet werden solle, vielmehr drückt sich die l. 5 C. l. c. dahin aus:

> praeses provinciae, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet.

Damit kann sicher keine vorläufige Rückforderungsklage, keine actio momenti, der auch der Eigenthümer haftet, gemeint sein, freilich auch keine eigentliche vindicatio, da die Klage nicht auf das Eigenthum, sondern nur auf den angegebenen Thatbestand gestützt wird, vielmehr eine Klage relativen Rechts, welches letztere der Kodextitel überhaupt mehr im Auge hat.

d) Endlich aber wird das definitive aber relative Rückforderungsrecht auch dann eingeführt, wenn die Okkupation zu einer Zeit erfolgte, wo der mit den Garantien des vorläufigen Rechts ausgestattete Besitz bereits verloren war, l. 11 C. unde vi. Der Okkupant des leer stehenden Besitzes eines Abwesenden soll zur Herausgabe des Besitzes auf Grund dieses Fundamentes verurtheilt werden, freilich nur dann, wenn ihm die Sache nicht gehört. Die von Savigny sonst gewählte Ausflucht, daß es sich um eine Vindikation handle, ist hier direkt verworfen, denn es wird ausdrücklich gesagt, daß das alte Recht nur die Vindikation gekannt habe, daß aber diese Beschränkung nicht mehr geduldet werden solle: nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes, nos, non concedentes u. s. w.

---

[37]) Bruns leugnet dies zwar auf Grund einer unrichtigen Interpretation der l. 44 § 2 de poss. Bei seiner Auffassung ist aber nicht abzusehen, welchen Sinn die Annahme der Fortdauer des Besitzes haben sollte.

Justinian verkennt aber auf der anderen Seite nicht, daß der Besitz wirklich entzogen sei (ablatam possessionem, ex quo possessio detenta est), daß der Okkupant Besitzer sei (talem possessorem), daß es sich also nur um eine Rückforderungsklage handeln könne (actionem ad recipiendam talem possessionem, pro restituenda possessione, super recipienda possessione). Er verkennt auch ferner nicht, daß ein Rechtsmittel des vorläufigen Rechts nicht in Rede steht (quod suum non est, alienas res vel possessiones, alienam rem quasi propriam). Das Rechtsmittel wird gegen den definitiv Berechtigten nicht gegeben, denn es wird vorausgesetzt, daß weder das Grundstück selbst noch die possessio desselben dem Okkupanten gehören. Justinian spricht von einer vacua possessio absentium, einem Begriffe, der einen Widerspruch in sich selbst zu enthalten scheint, da er voraussetzt, daß der Besitz aufgehoben und daß er nicht aufgehoben sei. Es ist darunter [38]) ein Besitz zu verstehen, der kein Besitz ist, das bloße Recht, den aufgegebenen Besitz zurückzunehmen, welches nicht mehr durch die Rechtsmittel vorläufigen Rechts, also nicht gegenüber dem Eigenthümer geschützt wird, das sich vielmehr nur noch der Klagen definitiven aber relativen Rechts erfreut. Der Kaiser scheut sich augenscheinlich, das interdictum unde vi direkt anzuwenden, da in ihm auch das vorläufige Rückforderungsrecht enthalten ist, sondern verordnet nur, daß ein solcher Okkupant wie ein Räuber angesehen werden soll, und daß in analoger und allgemeiner Rechtsanwendung dasjenige festgehalten werden solle, was in den alten Gesetzen über die Pflicht zur Rückgewähr des Besitzes enthalten sei:

> talem possessorem uti praedonem intelligi et generali jurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.

Hiermit hat das definitive aber relative Rückforderungsrecht die Fesseln gesprengt, von denen Besitz und vorläufiges Recht gebunden bleiben. Es ist ebenso unglaubwürdig, daß Justinian in Pandekten und Institutionen das alte Recht vorträgt und es dennoch ganz beseitigt, [39]) wie unmöglich, daß die Kaiser in den vielen Konstitutionen gar nichts gesagt haben. [40])

---

[38]) Bruns meint, daß es sich um einen animo retinirten Besitz handle, den der Vertreter treulos verlassen; Jhering nimmt fortdauernden, nur nicht ausgeübten Besitz an. Aber eines Stellvertreters erwähnt der Kaiser nirgends, ein animo retinirter Besitz ist noch keine possessio vacua, und zu seiner Wiedererlangung gäbe es ein Mittel, nämlich daß man den Versuch der Rückkehr machte und beim Fehlschlagen das interdict. unde vi anstellte. Der Kaiser setzt aber voraus, daß ein derartiges Rechtsmittel nicht vorhanden sei.

[39]) Meinung Jhering's.

[40]) Meinung von Savigny und theilweise von Bruns.

Daß aber die betreffenden Verordnungen bei der Lehre vom Besitze und von den Interdikten vorgetragen werden, erscheint sehr natürlich, da das relative Recht sich erst allmählich vom Besitze losgelöst hat und ursprünglich in der Formel des Interdikts umschlossen lag. Freilich wird deshalb auch zugegeben werden müssen, daß sich die römische Kaiserzeit zu einer leitenden Idee nicht empor zu schwingen vermocht hat, daß wir vor lauter Ausnahmegesetzen stehen,[41]) und indem nun bald von der Rückgabe des Eigenthums gesprochen wird, l. 5 C. de poss., l. 12 eodem, bald von der Pflicht zur Restitution des Besitzes, l. 6, l. 7, l. 9 C. eodem, ist die gänzliche Verschiebung der Rechtsbegriffe angebahnt, welche die Jurisprudenz des Mittelalters kennzeichnet. Wegen der vielen Ausnahmebestimmungen fand die publizianische Klage im Kodex und der Praxis des Mittelalters praktisch keinen Boden, in dem ersteren erscheint sie sogar überhaupt nicht, daß sie aber schon im römischen Recht ganz aufgehoben oder verdrängt sei, läßt sich nicht behaupten.[42])

Ein allgemeines Prinzip haben nur zwei Klagen des relativen Rückforderungsrechtes: die publiciana und die hereditatis petitio. Der bonae fidei possessor vermag die zu Unrecht verlorene Sache von jedem Sukzessor und dessen Sukzessoren zurückzufordern, der hereditatis petitio haftet ein Jeder, der ohne eigenes Recht eine Sache aus der Erbschaft entnimmt. Er vermag nicht einzuwenden, daß sein bloßer Besitz besser sei als der Anspruch des Erben, wird vielmehr als bloßer possessor pro possessore verurtheilt, l. 13 § 1, l. 16 § 4 de hered. pet. 5. 3; l. 14 § 2 de metus causa. Soweit der Erblasser das Recht hatte, zu behalten, soweit hat der Erbe das Recht, den zu Unrecht verlorenen Besitz zurückzufordern, l. 19 pr., § 2 D. de hered. pet.:

---

[41]) Die Andeutung eines allgemeinen Prinzips könnte man aber doch schon in der l. 11 C. de poss. erblicken:

Vitia possessionum a majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sua culpa comitatur.

[42]) Wir treten daher Savigny und Bruns insofern bei, als wir eine Ausdehnung des vorläufigen Rückforderungsrechtes nicht anerkennen, dagegen Ihering insofern, als wir die Ausbildung des definitiven aber relativen Rückforderungsrechts für einen nothwendigen Fortschritt der Rechtsentwicklung erachten. Wir glauben die beiderseitigen sich entgegenstehenden Behauptungen nur auf das ihnen zustehende Gebiet zurückgedrängt zu haben.

Die Verwirrung, welche u. E. die Theorie zeigt, spricht sich schon in dem Namen aus, welchen man dem neuen Rechtsmittel giebt:

„generale restitutorium interdictum." Ihering S. 134.

Die allgemeine Rückforderungsklage kann wenigstens insofern kein Interdikt sein, als sie keine Klage vorläufigen Rechts ist.

Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem; veluti si juraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui.

Das System der publizianischen Klage ist also noch überboten. Gutgläubiger Besitz des Erblassers ist überhaupt nicht Voraussetzung der hereditatis petitio, und wenn der Erblasser als Verklagter geschworen hatte, daß die Sache dem Kläger nicht gehöre, vermochte er selbst trotzdem nicht die verlorene Sache von letzterem zurückzufordern, da er sich mit Bezug auf das Recht eines Dritten im schlechten Glauben befinden konnte, l. 7 § 7 de public. act. Für die Erbschaftsklage gilt dieser Grundsatz nicht; sie ist vielmehr insofern die vollendetste Klage relativen Rechts, als dem Verklagten zwar der Einwand eigenen, der Einwand fremden Rechts aber überhaupt nicht gegeben wurde.

Die Erbschaftsklage geht gegen den dritten Besitzer; es scheint aber so, als wäre sie ähnlich der Vorschrift des can. Saepe als Klage des relativen Rechts nur dann begründet gewesen, wenn der Dritte infolge eines nichtigen Rechtsgeschäfts oder im schlechten Glauben die Sache erlangt hatte, l. 13 § 1, l. 16 § 4 de hered. pet.

Es ist vollständig unerheblich, daß durch den Tod des Erblassers der Besitz vor der Okkupation aufgehoben war.

Man kann es nun aber in der That als eine anzuerkennende Errungenschaft der mittelalterlichen Jurisprudenz begrüßen, daß auf Grund des can. Redintegranda und des can. Saepe ein ganz allgemeines Prinzip für das definitive aber relative Rückforderungsrecht ausgebildet ist. Soweit der Besitzer das Recht hat, zu behalten, soweit hat er, wenn er zu Unrecht verloren, auch das Recht, zurückzufordern:

per quascunque injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur.[43])

Das Prinzip des römischen Rechts ist geradezu umgekehrt. Während dieses von dem Grundsatze ausging, daß der bloße Besitzer beim Verluste der Sache noch nicht das Recht hat, dieselbe zurückzufordern, und diesen Satz in zahlreichen Ausnahmen durchbrach, stellen wir es als Regel hin, daß jeder Besitzer die zu Unrecht verlorene Sache

[43]) Jhering S. 132 will die generelle Rückforderungsklage nicht zulassen, wenn die Sache mittelst Zwangs oder Betrugs entzogen ist. Dagegen dürfte zu erwägen sein, daß alle Rückforderungsklagen des römischen Rechts zusammengefaßt und generalisirt werden, daß Zwang und Betrug auch eine injusta causa ist. Der dolus wird denn auch in c. 3. C. 3 quaest. 1 ausdrücklich hervorgehoben.

zurückfordern könne.[44]) Aber auch hier wird dem römischen Prinzip insofern Rechnung zu tragen sein, als bestimmte Ausnahmen zugelassen werden, z. B. der Nachweis gestattet wird, daß der Kläger die Sache aus einer strafbaren Handlung erlangt hat.[45]) Die Aenderung ist also in der That nicht so sehr bedeutend, die zahlreichen Ausnahmen des römischen Rechts sind zur Regel erhoben; was früher Regel war, erscheint als Ausnahme.

Am wenigsten mögen wir dem Verdammungsurtheil beitreten, welches Savigny über die sich wenigstens systematisch an die Kaiserkonstitutionen anschließende actio spolii des Mittelalters ausgesprochen hat. Man möge über ihren Ursprung denken, wie man will, jedenfalls ist sie die Klage der Praxis von Jahrhunderten, und trotz der Autorität eines Savigny hat sie sich erhalten. Alle seine Gründe, welche er gegen die Erweiterung des definitiven aber relativen Rückforderungsrechts vorbringt, lassen sich in den Satz (S. 514) zusammenfassen:

> Dieses Klagerecht wird in den meisten Fällen ein römisches Interdikt sein und in den übrigen Fällen ist es eine Vindikation.

Diese Deduktion wird nur für denjenigen etwas Ueberzeugendes haben, der ohne Rücksicht auf die Erfordernisse des Lebens neben vorläufigem und definitivem und zugleich absolutem Recht nichts Drittes kennt. Von einer Vindikation ist aber nicht die Rede:

> quia praedo etiam est secundum rigorem juris restituendus (Decr. Greg. lib. II. tit. XIII cap. 5),

und weil das Recht allein auf den aus einer injusta causa verlorenen Besitz begründet wird; von einem römischen Interdikt erst recht nicht, weil jede injusta causa zur Rückforderuug genügt.[46])

Man ist in neuerer Zeit sehr geneigt, die Spolienklage und mit ihr das definitive aber relative Rückforderungsrecht nur gegen den ersten Besitzer zuzulassen. Dafür spricht der berühmte can. Saepe ((cap. 18 l. c.), welcher die Klage nur gegen den dritten malae fidei possessor

---

[44]) Förster § 164: „Die im römischen Rechte nur als positive Ausnahme in der publiciana erscheinende, an die Fiktion der Usukapion gebundene Relativität ist ein selbständiges, von dieser Fiktion befreites Moment für den Schutz des Rechts zum Besitze geworden."

[45]) Dagegen das kanonische Recht cap. 5. X. de restit. spol. 2. 13. Windscheid, welcher § 199 Note 8 sogar Fortdauer des guten Glaubens verlangt, übersieht wohl, daß es auf den guten Glauben überhaupt nicht mehr ankommt.

[46]) Die Rückforderungsklage des definitiven aber relativen Rechts ist weder actio momenti (Klage des vorläufigen Rechts), noch Vindikation.

zuläßt.[47]) Aber man wolle erwägen, daß diese Beschränkung keineswegs aus der Natur des relativen Rückforderungsrechtes folgt. Wir verweisen auf die publizianische Klage und die Klage aus den Kaiserkonstitutionen, welche auch gegen den dritten Besitzer gehen. Unterwirft man allerdings die absolute Rückforderungsklage (die vindicatio) der Regel „Hand wahre Hand", so wird man ihr auch die relative Klage unterordnen müssen.

Vollständig verwirrend ist es aber, die Rechtsmittel des vorläufigen Rechts mit denen des definitiven auf eine Stufe zu stellen. Die einen schließen den Einwand eigenen Rechts, die anderen nur den Einwand fremden Rechts aus.[48]) Selbst die Spolienklage ist den Rechtsmitteln der zweiten Gattung zuzuweisen, wenigstens soweit man die exceptio dominii zuläßt. Denn wenn auch verordnet ist, daß dem Spoliirten Alles aus einer injusta causa Verlorene restituirt werden soll, so ist der Eigenthümer, der seine Sache ohne Gewalt zurücknimmt, kein spoliator, auf ihn paßt der Begriff der injusta causa überhaupt nicht, und noch viel weniger ist er nach cap. 18 l. c. als spolii conscius zu bezeichnen, wenn er von dem Besitzer die eigene Sache, die er durch Klage fordern könnte, zurückempfängt.[49]) Es ist nirgends vorgeschrieben und kann auch nicht vorgeschrieben werden, daß der Eigenthümer in jedem Falle Unrecht thut, wenn er seine Sache zurücknimmt, und daher bleibt es bei der alten Regel, daß er nur keine Gewalt gebrauchen dürfe.[50])

---

[47]) In c. 3. C. 3. qu. 1 heißt es: „violentia (virtute) majorum." Dies soll doch wohl heißen: „durch die Gewalt der Auktoren". In ähnlicher Weise spricht die l. 11 C. de poss. von der vitia possessionum a majoribus contracta.

[48]) S. 67 erklärt Ihering den interd. adipiscend. poss. gegenüber die hered. pet. wieder für ein petitorisches Rechtsmittel, trotzdem sie nach S. 85 praktisch die Funktion der possessorischen Klagen ausüben soll.

[49]) Auch Savigny S. 515 bezieht das cap. 18 de rest. nicht auf das relative Rückforderungsrecht. Er scheint anzunehmen, daß die Klage vollständig an Stelle des römischen Interdikts getreten sei. Aber die Seele des Eigenthümers, der die eigene Sache von demjenigen zurückempfängt, der sie ex injusta causa von einem Dritten besitzt, kann gar nicht in Gefahr schweben. Ein vorläufiges Rückforderungsrecht steht überhaupt nicht in Rede.

[50]) Daß das kanonische Recht nicht beabsichtigte, ein vorläufiges Rückforderungsrecht zu schaffen, folgt auch aus dem Wortlaute der Gesetzesstellen:

can. 1. C. 3. quaest. 1:
episcopis suis rebus exspoliatis,

can. 2:
et sua omnia eis redintegranda sunt . . . dum rebus aut potestatibus carent suis,

can. 3:
vel proprias aut substantias suas perdidisse noscantur.

Selbst Savigny hat dadurch, daß er die von ihm zugestandenen Aenderungen des kanonischen Rechts allgemein zuläßt, ohne zwischen vorläufigem und definitivem Rechte zu unterscheiden, sein eigenes Besitzrechtssystem ins Schwanken gebracht. Er gefährdet dabei die Erkenntniß des vorläufigen Rechts und verkennt ganz die Bedeutung des für die Praxis so wichtigen definitiven aber relativen Rückforderungsrechts. Man scheint ihm nur zugeben zu können, daß die Praxis des Mittelalters die Rechtsmittel verwechselt.

Wir versuchen es, um zu größerer Klarheit zu gelangen, die erläuterten Begriffe in knappe Definitionen zu fassen, und zwar, indem wir von dem vollkommensten Rechte ausgehen, in umgekehrter Reihenfolge:

a) das definitive und absolute Recht an der Sache ist das Recht, die Sache endgültig zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, so zwar daß Niemand ein gleiches Recht gegen den Berechtigten zusteht[51]);
b) das definitive aber relative Recht an der Sache ist das Recht, die Sache dem Gegner gegenüber endgültig zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, wenn auch einem Dritten das absolute oder wenigstens ein gleiches Recht gegen den Berechtigten zusteht;
c) das vorläufige Recht an der Sache ist das Recht, den Besitz der Sache bis zur einer Definitiventscheidung zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, wenn auch dem Gegner das definitive Recht zusteht;
d) Besitz ist die vollkommen oder unvollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft.[52]).

Darin, daß diese verschiedenen Rechtsbildungen verwechselt werden, liegt u. E. der Urquell der Verwirrung, welche auf dem Gebiete der Besitzlehre herrscht. Savigny kennt keinen Unterschied der Rechte zu c und d, und das Recht zu b, trotzdem es für die Praxis das bedeutendste sein dürfte, wird von ihm in auffälliger Weise ignorirt; bei Ihering erscheinen die Rechte zu b, c, d und das Recht zu a in einem bunten Durcheinander, so daß wir seine Behauptungen stets darauf zu prüfen haben, worauf sie eigentlich zielen. Unser Standpunkt den beiden Schulen gegenüber ist aber der, daß wir unter Festhaltung der gewonnenen Begriffe die verschiedenartigen Rechte auseinander zu reißen suchen, und mit

---

[51]) Das absolute Recht ist noch nicht Eigenthum oder dingliches Recht. Der Begriff des letzteren erfordert zugleich, daß das Recht unzerstörbar sei, d. h. daß es durch die Verfügung eines Dritten nicht vernichtet werden kann.

[52]) Hieraus ergiebt sich auch, daß das Besitzrecht als Recht zu behalten stets mit dem Faktum übereinstimmen muß, daß sich aber trotzdem mit ihm alle Rechte zu a, b, c verbinden können.

Savigny gegen Ihering ausführen, daß das vorläufige Recht zu c bestimmt zu ziehende Grenzen erfordere und das Gegenstück des definitiven Rechts geblieben ist, mit Ihering dagegen gegen Savigny, daß in der Ausdehnung des relativen Rechts ein werthvoller Fortschritt der Rechtsentwicklung zu erblicken ist, daß es gegen die Unberechtigten ganz die Natur des absoluten Rechts angenommen hat[53]) und nur kraftlos ist gegenüber dem absoluten oder dem besseren relativen Rechte.

C. Die Rechtsvermuthung und das Rückforderungsrecht.

Der Besitzer hat das vermuthete Recht, d. h. das Recht, die Sache solange zu behalten, bis ihm sein Nichtrecht und das Recht des Gegners nachgewiesen wird, l. 28. C. de R. V. 3. 32:

> res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Sieger im Interdikt (in dem Prozesse über das vorläufige Recht) mit dem Besitze auch das vermuthete Recht an sich zieht,

l. 3 C. de interdictis 8. 1 (l. 35 de poss.):

> ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur,

ja es ist bekannt, daß Ulpian in der l. 1 § 3 Uti possidetis den Grund der Einführung dieses Interdikts darin sucht, daß eine Entscheidung über das vermuthete Recht herbeigeführt werden soll.

Frage ist, wie ein Nichtbesitzer das vermuthete Recht des Besitzers zu brechen vermag, und die Beantwortung dieser Frage ist um so schwieriger, weil die Römer z. B. in der l. 28 C. cit. von dem Nichtbesitzer zwar den Nachweis seiner intentio verlangen, aber sich über die zu beweisenden Thatsachen, welche der intentio zu Grunde liegen müssen, nicht bestimmt aussprechen.

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß das vermuthete Recht des Besitzers nur durch den Nachweis des absoluten Rechts seitens des Nichtbesitzers gebrochen werden kann, ev. also durch den der Ersitzung, daß aber die Römer später zum Zwecke der Beweiserleichterung die publiciana eingeführt haben. Ihering greift diesen Gedanken auf und behauptet nun, die Einführung und Erweiterung des Besitzes und Besitzschutzes habe überhaupt keinen Zweck, als den, dem Eigenthümer eine Beweiserleichterung zu verschaffen.

---

[53]) Nichts desto weniger dürfen absolutes und relatives Recht nicht mit einander verwechselt werden. Dies thut man z. B. dann, wenn man die Klage des relativen Rechts als die dingliche oder Eigenthums-Klage des deutschen Rechts bezeichnet.

Wir nehmen dagegen an, daß auch die Römer sich mit dem Nachweise des relativen Rechts begnügt haben, daß es auch bei ihnen genügte, wenn der Kläger nachwies, daß er von dem Beklagten den Besitz zu Recht (z. B. durch Kauf und Tradition) erworben, oder an ihn den Besitz zu Unrecht verloren hatte, daß auch bei ihnen das Fehlen der sonstigen materiellen Erfordernisse des Rückforderungsrechtes durch die Exzeption bezw. Duplik geltend zu machen war. In der publiciana ist u. E. keine Beweiserleichterung, sondern ein materielles Rückforderungsrecht geschaffen.

Die herrschende Theorie geht von dem unrichtigen Prinzipe aus,[54]) daß die materiellen Unterlagen eines Anspruchs stets auch zu erweisen seien. Daß diese Annahme unrichtig sei, wird sich kaum leugnen lassen, denn die materielle Entscheidung wird abgegeben auf Grund der im Prozesse aufzustellenden Klagebehauptungen, Exzeptionen, Repliken und Dupliken, und die Natur des vermutheten Rechts ist es, sich dieser Gliederung des Prozesses streng anzuschließen, so daß es bereits der exceptio weicht, um neue Kräfte aus der Replik zu nehmen, wenn es nicht wieder durch die Duplik vernichtet wird. Ihering erklärt S. 48 es mit Recht für einen verbreiteten Irrthum, daß der Kläger alle in unseren Quellen namhaft gemachten positiven Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen habe, so daß demzufolge der positive Thatbestand des Geschäfts und der Beweissatz sich stets decken würden; denn hätte der Kläger sofort alle materiellen Grundlagen seines Anspruchs zu erweisen, so fände Exzeption und Duplik keinen Raum.

Der Beweis, welchen die herrschende Theorie von dem Kläger verlangt, ist ein der Natur des Prozesses widersprechender, ein bis zur Unmöglichkeit schwieriger und ganz überflüssiger.

Treffend stellt Ihering der herrschenden Theorie folgende Sätze entgegen:

> Was heißt dies anders als: Jeder, der sein Eigenthum nicht beweisen kann, ist vogelfrei? Wird Jemand im Ernst glauben, daß ein römischer Richter einen so unsinnigen Beweis auferlegt habe? (S. 48.)
>
> Das Eigenthum, auf sich selber, d. h. auf den strengen Eigenthumsbeweis gestellt, wäre das unvollkommenste, unbeholfenste Institut von der Welt. (S. 63.)

---

[54]) So Puchta S. 255 § 168: „Der Grund der R.V. ist das Eigenthum, dies ist daher (?) auch der Gegenstand des Beweises, welcher dem Kläger obliegt." — Windscheid § 196: „Der Berechtigte muß sein Eigenthum, wenn es ihm bestritten wird, natürlich (?) beweisen." — Ist die probatio diabolica, der geradezu unmögliche Beweis der Gloffatoren, wirklich so natürlich?

Aber während er für die condictio furtiva, die Klage ex lege Aquilia, aus dem Darlehn und aus dem Vindikationslegat es konsequent durchführt, daß sie den strengen Eigenthumsbeweis nicht erfordert haben, trotzdem der Kläger dominus genannt wird, bleibt es dabei, daß die römische Vindikation das unvollkommenste und unbeholfenste Institut von der Welt sei, daß die klassischen Juristen auf diesem Gebiete wenigstens die schwächsten Anfänger in der Rechtswissenschaft geblieben sind. Denn eine Ansicht, über die er nach seinen eigenen Worten bei einem Studenten in einem Praktikum nicht gerade erstaunen würde, die er aber bei einem Praktiker für unmöglich hält (S. 52), traut er auf dem Gebiete der dinglichen Klagen gerade den römischen Juristen zu. Die römischen Interdikte würden den traurigsten Nothbehelf gegen eine derartige Auffassung bilden, und deshalb wird es als die große Errungenschaft moderner Rechtsentwicklung gefeiert, daß der Bann der Interdikte gebrochen, daß die Eigenthumsklage von dem Alp des diabolischen Beweises der Glossatoren erlöst ist.

Wir müssen Ihering soweit beitreten, daß der s. g. diabolische Beweis das unbeholfenste Erzeugniß von der Praxis abgewandter Theorie ist.

Es ist widersprechend, in einem Prozesse, der nur dem Verklagten gegenüber relatives Recht (jus inter partes) schaffen soll, von dem Kläger den Nachweis zu verlangen, daß er gegen die ganze Welt berechtigt sei; ihm kann füglich nichts, als der Beweis zugemuthet werden, daß der Verklagte ihm gegenüber Unrecht hat, daß er von dem Verklagten rechtsgültig durch Vertrag und Tradition erworben, oder daß der Verklagte auf Grund des rechtsungültigen Verlustes seinerseits mittelbar oder unmittelbar besitze. Für den ersten Fall, wenn die Klage auf den Vertrag und die von dem Verklagten vorgenommene Tradition gestützt wird, hat wohl noch Niemand den Beweis absoluten Rechts erfordert. Man denke sich nur einen Käufer, der auf Grund bereits erfolgter Tradition die Sache vom Verkäufer vindizirt, dem man aber nunmehr den Beweis absoluten Eigenthums zumuthet, d. h. daß auch sein Auktor und dessen Auktoren Eigenthum gehabt haben! Wenn Paulus in der l. 23 D. de R. V. sagt:

> in rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit,

so meint er, daß die Eigenthumsklage auf den Akt zu stützen sei, durch den Eigenthum erworben wird. Ob nun aber wirklich Eigenthum gegen alle Menschen außer dem Verkäufer erworben ist, ist dem römischen Juristen höchst gleichgültig. Warum soll aber der diabolische Beweis für den zweiten Fall nothwendig sein, wo der Kläger bereits bewiesen

hat, daß der Verklagte zu Unrecht von ihm mittelbar oder unmittelbar den Besitz erlangt hat? Kein Praktiker wird bezweifeln, daß eine Illatenklage begründet ist, die lediglich auf die Illation, auf den auf den Ehemann übertragenen Besitz gestützt wird, denn daraus folgt, daß der Ehemann und seine Gläubiger zur Restitution verpflichtet sind. Daß die Ehefrau möglicher Weise der Vindikation eines Dritten haftet, also selbst nicht Eigenthümerin ist, dürfte unerheblich sein.

Der Beweis des absoluten Rechts ist eine Unmöglichkeit. Trotzdem Delbrück ihn für die römische Vindikation fordert, erklärt er doch in § 1:

„Diese Forderung aber, so richtig (?) sie an sich erscheint, ist „von „einer solchen Härte, daß sie den Schutz des Eigenthums fast „illusorisch macht.

Kläger kann gar nicht den Nachweis führen, daß es Niemand gäbe, der ihm gegenüber berechtigt sei. Selbst wenn er alle Erwerbsakte seiner Auktoren aufzudecken im Stande ist, müßte er noch darthun, daß sie sämmtlich gültig sind, und daß kein s. g. dingliches Recht gegen irgend einen der Auktoren entstanden ist. Ja, würde nicht die nothwendig auf die Ersitzung oder den publizianischen Titel zu gründende Klage immer zweifelhafter und schwerer durchzuführen sein, je weiter der Erwerbsakt des Klägers zurückliegt, je begründeter sein Recht ist? Will man etwa von dem publizianischen Kläger, der sich doch für den Eigenthümer hält und das Recht desselben dem Verklagten gegenüber beansprucht, wirklich den Nachweis fordern, daß zwar ein Rückforderungsrecht eines Dritten existire, daß er es aber nicht gekannt habe?

Andrerseits erscheint der Nachweis eines ehemaligen Eigenthums und eines ehemaligen Usukapionstitels dem gegenwärtigen Besitze gegenüber von gar keinem Belange, und wird er auch in der Regel nur zur Kolorirung der Klage verlangt. Es ist selbstverständlich, daß eine Sache, welche durch den Gebrauch nicht untergeht, frühere Eigenthümer und Besitzer gehabt hat. Dadurch wird der gegenwärtige Besitz in keiner Weise als unberechtigt nachgewiesen,[55]) derselbe sollte daher auch allein durch den Nachweis erschüttert werden können, daß Kläger von dem Verklagten zu Recht erworben, oder zu Unrecht an ihn oder seinen Auktor verloren habe.

---

[55]) So sagt Delbrück Nachträge S. 150:

„Allein derselbe Vorwurf trifft die römische Vindikation, denn sie ist allen gegeben, die früher einmal das Eigenthum erworben haben, wenn sie dessen auch längst wieder verlustig gegangen sind."

Der § 178 A.L.R. I. 7 verordnet zwar, daß der unredliche Besitzer immer dem redlichen weichen soll. An sich ist es aber widersprechend, daß der gegenwärtige

Man kann es in der That der Jurisprudenz des Mittelalters nicht verdenken, daß sie einen derartigen Beweis abschüttelte und nun lehrte, daß jeder ältere Besitz schon wegen des Alters den jüngeren überwinden müsse, daß es dem älteren Besitze gegenüber Sache des Verklagten sei, sein Recht nachzuweisen:

> nam praesumitur animus, nisi probetur depositio animi et sic semper sum possessor. Si enim dicas, me perdidisse possessionem, tibi incumbat onus probandi (Faber).

Wir wollen es der herrschenden Theorie zugeben, daß damit der denkbar verkehrteste Standpunkt erreicht ist, welcher die aus der Natur der Sache folgenden Beweisregeln geradezu auf den Kopf stellt, daß in Schrecken erregender Weise der gegenwärtige Besitzstand durch diese Auffassung erschüttert wird:[56]) man wolle aber erwägen, daß wir lediglich

---

Besitz bloß durch den Nachweis eines früheren redlichen Besitzes gebrochen werden sollte. Trotz dieses Nachweises kann der frühere redliche Besitzer sein Recht rechtsgültig verloren haben. Förster § 164 verlangt daher mit Recht von dem Kläger zunächst den Nachweis, daß er den Besitz fehlerhaft oder doch wider seinen Willen (ex quacunque injusta causa?) verloren hat.

Das O.Tr. sagt in dem Erk. vom 1. Oktober 1852 (Arch. Bd. 8 S. 8):

> „Der bloße frühere Besitz begründet die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes nur dann, wenn zugleich das bessere Recht zu besitzen oder die Fehlerhaftigkeit des anderseitigen Besitzes dargethan wird."

[56]) So sagt Sarmiento de Mendoza mit Fug und Recht: Invenerunt doctores quoddam remedium ad omnes justos possessores spoliandos, quod remed. ex can. Red. appellant; er nennt diese Rechtsmittel iniqua et absurda et contra legum et canonum mentem et communem sensum hominum. — Delbrück hält die Klage aus dem älteren Besitze für die Klage des deutschen Rechts. Er stützt sich aber größtentheils auf Quellenzeugnisse, in denen der Nachweis der früheren Okkupation den Nachweis des Eigenthums enthält, lex. Baj. 16. 2:

> quod istius hominis priora opera fuerunt in isto agro, quam tua, et labores fructuum ille tulit,

andrerseits auf solche, welche die u. E. richtige Theorie des relativen Eigenthumsbeweises vortragen.

Allerdings kann man selbst diesem Beweise ausnahmsweise durch Rechtspräsumtionen zur Hülfe kommen. Domänen der Kaiser und Grundstücke der Kirche pflegten nicht veräußert zu werden, und deshalb verlangt das capit. vom Jahre 873 bei Sachen, die in der regia investitura gewesen, von dem Besitzer den Nachweis, qualiter de regia investitura exierunt, und Innocenz spricht zu cap. 9 X. de prob. von einer probatio antiquioris temporis recepta pro ecclesia. Es sind dies aber augenscheinlich Ausnahmegesetze, wie etwa die preußische Verordnung vom 5. Mai 1809 (Rabe Bd. X. S. 102) und das Gesetz vom 13. Februar 1843 (G.S. S. 75).

Das cap. 9 X de prob. 2. 19 entnimmt seine Entscheidung, möge man sie für possessorisch oder petitorisch halten, bei gleichzeitigem Besitze aus dem Alter desselben und dem Titel.

vor einer Konsequenz des Gedankens stehen, der das vermuthete Recht des gegenwärtigen Besitzers durch einen Nachweis brechen läßt, der sich rückwärts in die Vergangenheit erstreckt und den gegenwärtigen Besitz in keiner Weise berührt. Beide sich so heftig bekämpfenden Ansichten stehen einander ganz nahe. Die eine verlangt einen diabolischen und nichtssagenden Beweis, die andere hat nur diese überflüssige Kolorirung der Klage gestrichen, beide scheinen sie aber gleichmäßig zu verkennen, daß von dem Kläger der Nachweis zu verlangen ist, daß er dem Verklagten gegenüber sich im Rechte befindet; die eine fordert einen Eigenthumsbeweis, durch welchen dies nicht dargethan wird, die andere nur etwas unverhüllter gar keinen. Beiden Auffassungen ist aber die l. 28 C. de R. V. 3. 33 entgegenzustellen:

> res alienas possidens, licet tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

Der Beweis, mit welchem der Kläger siegt, kann kein ganz unerheblicher sein.

So scheint denn auch der diabolische Beweis der Glossatoren keinen anderen Werth beanspruchen zu können als den einer müßigen Spielerei der Theorie, die auf die Praxis nur verwirrend einzuwirken im Stande ist. Auf dem Forum hat er, trotzdem er die Theorie allmächtig beherrscht, nie gegolten, da dem Kläger leichter durchzuführende Rechtsmittel gegeben wurden. Der diabolische Beweis der Glossatoren mußte auf irgend eine Weise beseitigt werden. Da man nun aber vermuthetes und materielles Recht nicht auseinander zu halten vermochte, verlieh man dem Besitzer, welcher zu Unrecht verloren hatte, nicht bloß die durch Gegenbeweis zu entkräftende Rechtsvermuthung, sondern sofort ein materielles Rückforderungsrecht. Gerade durch den unmöglichen Beweis der Legisten und die ihm in vollster Opposition entgegenstehende Praxis ist das definitive aber relative Rückforderungsrecht zu seiner vollen Entfaltung getrieben.

cap. 18. X. de rest. spol. 2. 13:

> saepe contingit, quod spoliatus .... propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus ...;

Friedrich II.:

> saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum probationes de dominio non habebat, omni remedio se inveniebat exclusum;

Petrus de Ferrariis (1410):

> est inductum remed. red. poss., ne sua re privetur propter difficilem probationem dominii;

Carpzow:

non raro accidit, ut propter defectum tituli ac probationis ad dominium pertinentis ex sola possessionis causa res veniat decidenda;

Leyser:

possessorium ordinarium, quod in antiquiore possessione se fundat, petitorio praeferendum est. Eveniunt aliquando casus, in quibus .... petitorium difficillimum .... quod documentis nullis instructus esset.[57])

Wir müssen es aber sowohl Ihering wie der herrschenden Schule bestreiten, daß sich die Römer als derartige Anfänger in der Ausbildung des Eigenthumsschutzes erwiesen haben, daß nicht bloß Ihering, sondern auch Savigny in dem römischen Rechtssysteme eine große Lücke nach der anderen findet (S. 442).[58])

Der ganze Titel der Digesten de rei vindicatione enthält von dem diabolischen Beweise der Glossatoren auch nicht ein Wort, er setzt die einzelnen Erwerbsakte auseinander und giebt auf Grund derselben, welche dem Veräußerer gegenüber gerade nur das relative Recht darthun, die Klage, l. 23 pr. l. c.

Neben der Vindikation steht häufig auch eine persönliche Klage, weil und soweit der unberechtigte Erwerber mit seinem Vermögen und mit seiner Person für die Rückgabe der Sache verhaftet ist, aber die Quellen konstatiren ganz ohne Weiteres gegen ihn oder den dritten Erwerber die Zulässigkeit der Vindikation, ohne dieselbe an irgend einen erschwerenden Beweis zu knüpfen, l. 9 J. IV. 2:

sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possideat, sive alius quilibet;

l. 1 § 4 uti possid. 43. 17:

restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem;

l. 12 C. de furtis 6. 2:

quapropter furti actione et condictione vel adversus possidentem vindicatione de mancipiis uti non prohiberis;

l. 15 eodem:

furti actione minime teneri successores, ignorare non debueras.

---

[57]) Aus Delbrück S. 84.

[58]) Delbrück bemerkt § 1: „Gleichwohl steht es fest, daß die Römer den rein logischen absoluten Standpunkt in Ansehung der Vindikation unerbittlich festgehalten haben." Logisch kann man diesen Standpunkt nur nennen, wenn man das Beweisthema und die materiellen Erfordernisse des Rückforderungsrechtes verwechselt.

De instrumentis autem ablatis in rem actione tenentes convenire potes.

Die Vindikation unterscheidet sich vielmehr allein dadurch von der persönlichen Klage, daß sie nur den Besitzer als solchen, nicht durch die Verhaftung des Vermögens (die Obligation) zur Rückgabe zwingt.[50]) Glaubt man denn in der That, die Römer hätten jemals trotz des erwiesenen Diebstahls den Dieb oder doch wenigstens dessen Sukzessor so lange im Besitze der Sache geschützt, bis Kläger den unmöglichen Beweis erbracht hatte, daß Niemand ihm gegenüber berechtigt sei? Auch der Sukzessor tritt gerade nach römischer Vorstellung nur in das Recht oder Unrecht des Diebes an der Sache ein, weil Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, l. 20 D. de A. R. D., l. 11 C. de poss. Das Fundament der actio furti und der vindicatio wird also ganz dasselbe sein, der zu Unrecht aufgehobene Besitz, weil Kläger somit den Nachweis geführt hat, daß das vermuthete Recht aus seinem früheren Besitze nicht vernichtet sein kann. Eine ganz andere Frage ist es freilich, wie weit gegen die zurückerkämpfte Rechtsvermuthung der Einwand eigenen oder fremden Rechts zulässig sein wird.

Sämmtliche Kodexstellen gründen die Vindikation auf den zu Unrecht aufgehobenen Besitz:

l. 3 C. de R. V. 3. 32
darauf, daß die Mutter oder der Ehemann der klagenden Partei ein Grundstück wider Wissen und Willen derselben verkauft hat,

l. 5 C. eodem
darauf, daß das dem Kläger in Folge Erbrechts angefallene Grundstück zu Unrecht okkupirt sei,

l. 14 C. eodem
darauf, daß der Verklagte das Haus des Sohnes von der Mutter, also zu Unrecht erworben habe,

l. 15 C. eodem
darauf, daß dem Kläger in Folge Kaufs zuerst tradirt sei,

l. 23 C. eodem
darauf, daß dem Kläger ein Sklave gestohlen und weiter veräußert ist,

---

[50]) l. 25 D. de O. et A. 44. 7:
in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet.

l. 18 C. de prob. 4. 19
darauf, daß der Verklagte auf Grund einer gefälschten Schenkungsurkunde das Grundstück in Besitz genommen hat,

l. 8 C. de furtis 6. 2
darauf, daß ein Steuerpächter zu Unrecht die Sklavin des Klägers fortgeführt und verkauft hat. (Conf. auch l. 10, 11 eodem et cet.)

Es wäre ja auch in der That wunderbar, wenn Jemandem durch eine unrechtmäßige Handlung ein Beweis aufgenöthigt werden könnte, von dem er als Besitzer vollständig frei war. Durch den erwiesenermaßen unrechtmäßigen Verlust darf dem Verlierenden nicht einmal ein Beweisnachtheil erwachsen.

Selbst die Freiheit muß unter Umständen erwiesen werden, l. 17 C. de liberali caus. 7. 16:
igitur ad demonstrandam fratrum tuorum libertatem aliae sunt probationes necessariae;

l. 5 C. eodem:
probationis sane onus, quum ex servitute in libertatem asseritur, ad se recipit. Quae si affirmationem suam non impleat, inconcussum jus possessionis obtinebis.

Es wäre dies in der That ganz unnöthig, wenn stets der Kläger sein Eigenthum am Sklaven zu erweisen hätte, und ein vorzügliches Gesetz zur Emanzipation der Sklaven wäre es sicher gewesen, wenn man dem Kläger gegen den entlaufenen Sklaven den diabolischen Beweis der Glossatoren abverlangt hätte, wobei ihm dann noch nicht einmal die Usukapion zur Hülfe gekommen wäre.[60])

Auch Geld kann vindizirt werden, l. 1 § 1 de stipul. serv. 45. 3:
vindicando ergo eam pecuniam tu consequi poteris;

l. 11 § 2 de rebus cred. 12, 1:
vindicari nummi possunt, si extant.

Die Behauptung aber, daß der Vindikant zu erweisen habe, wie er jedes einzelne Geldstück erworben, event. daß er und seine Vorbesitzer es die ganze Usukapionszeit über besessen haben, enthält soviel Komik, daß sie im Ernst wohl Niemand vertheidigen wird.

Die Behauptung eigenen Rechts erscheint denn auch in der That als Einrede,

---

[60]) Kläger wird also den Nachweis zu führen haben, daß der Sklave sich zu Unrecht in Freiheit gesetzt habe, die Manumission ungültig sei u. s. w. Selbst dieses Nachweises ist er aber überhoben, wenn er darthut, daß der Verklagte, welcher ihm früher als Sklave gedient hat, dolo malo sich in Freiheit gesetzt hat, l. 15, l. 21 C. 7, 16, l. 10, 11, 12, D. de liber. caus. 40, 12.

l. 16 D. de public. act. 6. 2:

Paulus notat: Exceptio justi dominii Publicianae objicienda est;

l. 72 D. de R. V. 6. 1:

adversus exceptionem dominii replicatione utereris; l. 2 D. de excep. rei vend. et trad. 21. 3,

ebenso die allgemeine Behauptung, daß Kläger nicht Eigenthümer sei, in der auch die Einrede fremden Rechts enthalten ist,

l. 17 D. de public. act.:

si ea res possessoris non sit;

l. 4 § 32 D. de doli except.

si non suus esset.

Wenn die Römer den Eigenthumsbeweis verlangen, so verlangen sie ihn eben nur mit Rücksicht auf den Verklagten. In der l. 15 C. de R. V. 3. 32 heißt es:

eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem,

gerade weil sich dies Gesetz mit dem relativen Eigenthumsbeweise begnügt. Eigenthum wird hier schon dem zugeschrieben, dem zuerst trabirt ist, offenbar nur mit Beziehung auf denjenigen, an welchen die zweite Tradition erfolgt, ja die l. 2 C. de prob. 4. 19 spricht es mit dürren Worten aus, daß beim Mangel des Beweises das Eigenthum beim Besitzer zurückbleibe.

Die Beweise, welche die herrschende Theorie in das Gefecht führt, sind denn auch nur solche, welche, wie Ihering S. 52 behauptet, nur einem Studenten in einem Praktikum imponiren können. Man beruft sich zunächst auf das Wort „dominium“ in der l. 9, 23 pr., 80. D. de rei vind., Gaius IV. § 92, § 1 J. de act. 4. 6 u. s. w. Unter Eigenthum versteht der römische Jurist das vollständige Recht an der Sache gegenüber dem Unrechte. Selbst mit dem interdictum uti possid. vertheidigen wir das Eigenthum, l. 3 § 7 uti poss.:

dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis.

Das interdictum unde vi stellt der dominus an, Paulus sent. rec. V. 6 § 3:

non tantum si ipse dominus possessione dejiciatur, utile interdictum est, sed etiam si familia ejus,

ebenso das interdictum de precario, l. 3., l. 4 § 4., l. 6 pr., l. 12 pr., l. 15 pr. de precario 43. 16. Wir weisen an dieser Stelle auf die treffenden Ausführungen von Ihering hin, nach denen der Kläger bei der condictio furtiva, actio legis Aquiliae, ex mutuo, ex legato per vindicationem zwar dominus genannt wird[61]), der diabolische Beweis

[61]) l. 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 11 § 6 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 § 4 D. de R. C. 12. 1.

der Glossatoren aber keineswegs zu verlangen ist, auch auf unsere eigenen Ausführungen über das definitive aber relative Rückforderungsrecht, welches als Eigenthumsrecht bezeichnet wird. In der l. 8. D. de divers. temp. praes. 44. 3 wird der Usukapient eines flüchtigen Sklaven bereits Eigenthümer genannt, trotzdem er durch die Usukapion es erst werden soll:

> in accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, domino ejus procedere verum est,

nach der l. 15 § 16 D. de damno infect. 39. 2 fängt derjenige erst an zu usukapiren, der durch die missio ex secundo decreto zum Eigenthümer bestellt ist:

> non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.

Und das bloße Wort „dominium", unter dem man jedes vollständige Recht an der Sache, möge es vorläufig oder definitiv, relativ oder absolut sein, ja selbst das werdende Recht an der Sache versteht, soll geeignet sein, die unpraktischste aller Beweistheorien zu rechtfertigen![62]) Wenn nun die l. 20 D. de acq. dom. den altrömischen Grundsatz ausspricht, daß der Sukzessor in die Stelle des Auktors einrückt, so wird damit wie in der l. 11 C. de poss. anerkannt, daß die Rückforderungsklage durch die Veräußerung an einen Dritten nicht gebrochen wird.

Der hauptsächlichste Grund wird von der herrschenden Theorie aus dem Verhältnisse der Vindikation zur Publiziana entnommen. Die Behauptung scheint nahe zu liegen, ist wenigstens außerordentlich bequem, daß bei der Vindikation die Römer den strikten Beweis des Eigenthums verlangt, mit der publiciana allmählich eine Beweiserleichterung eingeführt haben[63]).

Leider bleibt dabei unbeachtet, daß die Quellen einer derartigen Auffassung auf das Entschiedenste entgegentreten.

---

[62]) Auch die germanischen Rechtsquellen sprechen von der Vindikation des Eigenthums (leg. Wall. III. 38 quod suum est, vendicare potest). Wenn nun Delbrück den Unterschied des römischen und germanischen Rechts dahin bezeichnet, daß die Römer den Schutz des Eigenthums in Gemäßheit der absoluten Natur desselben auf die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums gegründet, die Germanen und nach ihrem Vorgange die modernen Völker aber nach dem Prinzip der Relativität geordnet haben, so ist uns doch nicht erklärlich, wie man zu dieser ganz entgegengesetzten Interpretation der Quellen gelangen kann, trotzdem sie sich derselben Worte bedienen.

[63]) Förster sagt § 164: „Zwar soll die Publiziana zunächst (?) den Eigenthümer schützen, dem es nicht möglich ist, sein Eigenthum zu beweisen, indem es für genügend erachtet wird, wenn er seinen Titel und gutgläubigen Besitz darthut, aber sie schützt damit zugleich auch den Nichteigenthümer, welcher gutgläubig aus einem Putativtitel die Sache besitzt."

Die publiciana soll gerade demjenigen zugestehen, welcher von einem Nichteigenthümer erworben hat, also selbst ein Nichteigenthümer ist, l. 1 pr., l. 7 § 11., l. 9 § 4 l. c. Selbst die herrschende Theorie erkennt an, daß kein römischer Jurist dem absolut Berechtigten die publizianische Klage gegeben hat. Auf die Beweiserleichterung hätte aber vor Allen der Eigenthümer Anspruch.

In der l. 1 § 1 D. l. c. heißt es:

> merito Praetor ait nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.

Nach der herrschenden Theorie ist es ein Widersinn, den Ersitzer einer Sache, den Eigenthümer derselben, auf die Civilklage zu verweisen. Er bedarf der Beweiserleichterung ebensogut.

Gaius sagt lib. IV. § 36:

> datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse,[64])

er setzt also für die publiciana voraus, daß der Kläger nach quiritischem Rechte das Eigenthum überhaupt nicht in Anspruch nehmen könne. Auch ist die Beschränkung der publiciana auf die Bedingungen der beginnenden Usukapion nur dann ungehörig, wenn man sie als Beweiserleichterung auffaßt, nicht aber im Sinne der Römer. Dieselben wollten nur demjenigen das materielle Rückforderungsrecht geben, der das absolute Recht in Zukunft wenigstens erlangen konnte, und die ausnahmsweise Beschränkung der als Regel zugelassenen allgemeinen Rückforderungsklage aus dem definitiven aber relativen Rechte dürfte ja auch jetzt noch dem Gesetzgeber dringend zu empfehlen sein.

Nach der herrschenden Ansicht fände die Vindikation neben der publizianischen Klage keinen Platz. Denn welcher Eigenthümer wird wohl so leichtsinnig sein, sich die Beweiserleichterung durch ein Wort zu verscherzen? Nicht die Vindikation ist aber im Kodex verschwunden, sondern die publiciana.

Die Vindikation ist das materielle Rückforderungsrecht des absolut Berechtigten, die publiciana das materielle Rückforderungsrecht des relativ Berechtigten.[65]) Es erscheint ungehörig, die Vorschriften der römischen

[64]) Inst. IV. 6 § 4: „necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit."

[65]) Aus unserer Auffassung läßt sich auch die l. 57 D. mand. 17. 1 erklären, ohne daß es einer künstlichen Aenderung des Textes bedarf. Jemand giebt den Auftrag, seine Sklaven zu verkaufen. Durch den Tod des Mandatars wird das

Juristen über das materielle Recht als Beweisregeln aufzufassen. Die vindicatio bleibt freilich auch nach unsrer Auffassung die Rückforderungsklage des absolut Berechtigten, die publiciana die des relativ Berechtigten, aber daraus folgt nicht, daß das absolute Recht oder auch nur die bona fides zu erweisen sei.

Aus den gesammten Erörterungen dürfte sich ergeben, daß

a) schon die Römer von dem allein sachgemäßen Gedanken des relativen Eigenthumsbeweises ausgegangen sind,
b) daß es zur Einführung desselben weder der publiciana noch der Interdikte bedurfte,
c) daß letztere materielle Rückforderungsrechte (vorläufige und definitive) sind, die mit einer Rechtsvermuthung an sich nichts zu thun haben,
d) daß das Mittelalter zum Zwecke der Bekämpfung des Phantoms der probatio diabolica allerdings das relative Rückforderungsrecht erweitert hat.

Das definitive und absolute Rückforderungsrecht ist zwar auch insofern ein Schutzmittel des Besitzes, als es früheren Besitz voraussetzt und denselben wiederherstellt. Es wird aber besonders in der Lehre von der vindicatio dargestellt. Daß die Römer trotzdem seine Natur als Schutzmittel des Besitzes nicht verkannt haben, folgt aus l. 1 § 4 uti poss.:

> Restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur, aut per actionem.

D. Die rechtliche Natur der Besitzgarantien.

Das mit dem Besitze verbundene Recht der Gewalt und des inter-

---

Mandat aufgehoben. Die Erben desselben verkaufen und tradiren aber dennoch, indem sie sich hierüber irren, die Sklaven sowohl an andere Käufer, als auch an einen Sklavenhändler. Der Sklavenhändler reist in die Provinz und will nach seiner Rückkehr den Besitz der ihm zwar schon übergebenen, aber von dem Eigenthümer wieder zurückgenommenen Sklaven fordern. Die Entscheidung fällt nun dahin aus: Die Käufer haben für den Fall der vollendeten Usukapion allerdings die Vindikation, der aus der Provinz zurückgekehrte Sklavenhändler kann aber vor Vollendung der Usukapion die an sich begründete Publiziana doch nicht anstellen, weil ihm der Einwand des gerechtfertigten Eigenthums entgegensteht, und derjenige, welcher im Vertrauen auf einen bestimmten Menschen diesem ein Mandat anvertraute, wegen des Irrthums oder der Unerfahrenheit seiner Erben keinen Schaden leiden soll. (Ganz abweichend Savigny System VII S. 299.)

Die l. 7 § 2 D. de publ. giebt demjenigen, welcher von einem Wahnsinnigen gutgläubig gekauft hat, die publiciana, die Rückforderungsklage gegen die Unberechtigten, klagt er aber gegen den Wahnsinnigen selbst, so steht ihm die exceptio dominii entgegen, und deshalb wird ihm das Rückforderungsrecht in l. 2 § 16 pro emtore abgesprochen.

dictum uti poss. ist der Regel nach absolut; es kann aber auch insofern relativ sein, als der Okkupant im Momente der Okkupation seiner Wiederdejektion Widerstand zu leisten nicht berechtigt ist, und das interdictum uti possidetis dem vitiösen Besitzer demjenigen gegenüber nicht zusteht, von dem er vitiös besitzt. Die gedachten Rechte haben die Natur der unzerstörbaren insofern, als sie nur mit dem Besitze verschwinden, ferner der nicht obligatorischen, da sie auch gegen die Gläubiger und im Konkurse des definitiv Berechtigten zur Geltung gebracht werden können.

Das vorläufige Rückforderungsrecht ist seiner Natur nach zerstörbar, da ihm der dritte Besitzer nicht haftet, auch wohl obligatorischer Natur, l. 1 § 3 D. de interd.:

> Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt,

und wird es richtig sein, daß es gegen die persönlichen Gläubiger und die Konkursmasse des Besitzers nicht geltend gemacht werden kann.

Das sich mit dem Besitze verbindende definitive Recht kann als zerstörbares und unselbstständiges, aber auch als unzerstörbares und selbstständiges konstruirt werden. Der Regel nach werden die Rechte durch den Besitz dinglich. Aber das folgt nicht mit Nothwendigkeit aus der Natur des Besitzes, da man ihm diese Rechtswirkung auch versagen kann. So ist in der Gegenwart das Recht des nicht eingetragenen Besitzers eines Grundstücks offenbar ein zerstörbares, da es durch die Verfügungen des Eingetragenen vernichtet wird. Nichtsdestoweniger ist die Möglichkeit einer derartigen verschiedenen Konstruktion die Quelle mannichfacher Unklarheit geworden und der Grund, weshalb ein Besitz mit definitivem aber zerstörbaren Rechte gar nicht als Besitz anerkannt wird, z. B. der Besitz des Miethers. Das Recht des Miethers ist nach römischer Anschauung ein zerstörbares und daher auch ein unselbstständiges, l. 5 § 2 de damno inf., l. 3 § 3 de O.N.N. Während daher der Superfiziar sein unzerstörbares Recht selbstständig gegen jeden Dritten zur Geltung bringt, ist der Miether auf Cession der Klagen, die er aus dem Miethsvertrage erzwingen kann, angewiesen,

l. 1 § 1 D. de superfic. 43. 18:

> qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Sed longe utile visum est .... quasi in rem actionem polliceri. § 3: ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio.

Dies ist die Veranlassung geworden, daß die moderne Jurisprudenz dem Miether und Pächter selbst natürlichen Besitz abgesprochen hat, trotzdem.

es doch thatsächlich keinem Zweifel unterliegt, daß der Miether und Pächter Detention an der Sache hat und auch ein Recht an derselben in Anspruch nimmt, sein Recht also in dieser Beziehung dem des Usufruktuars zu gleichen scheint. So sagt Savigny S. 130:

> Für eine quasi possessio des Miethers fehlt es an einem selbstständigen Rechtsverhältniß, woran diese konsequent angeknüpft werden könnte.

Noch deutlicher äußert sich Bruns S. 236 dahin:

> Denn daß die Römer dem Pächter keinen Besitzschutz gegeben haben, ist nur eine Folge ihrer rein obligatorischen Auffassung der Miethe.

Er spricht dann S. 239 von einer Verdinglichung der Miethe oder Vervollständigung des Miethrechts, durch welche das moderne Recht erst einen Besitz des Miethers geschaffen haben soll. Es wird also der Charakter des unzerstörbaren Rechts und des Besitzrechts identisch gesetzt. Römisch ist diese Auffassung keineswegs. Denn wenn auch dem Miether wie dem Usufruktuar eigentlicher Besitz abgesprochen wird (l. 33 § 1 de usurp. 41. 3),[66]) so nennt doch derselbe Julian in der l. 2 § 1 pro emtore 41. 5 den Kolonen einen natürlichen Besitzer.[67])

Das definitive Recht des Besitzers kann obligatorisch und nicht obligatorisch konstruirt werden. Nach modernem Rechte läßt sich annehmen, daß das Grundstück eines nicht eingetragenen Besitzers von den Gläubigern des Eingetragenen zur Masse gezogen werden kann. Das Pacht- und Miethrecht war bei den Römern obligatorischer Natur, und auch gegenwärtig hat es diesen Charakter nicht ganz abgestreift, da es ja die persönlichen Gläubiger des Vermiethers durch Herbeiführung der Subhastation und des Konkurses vernichten können, und der nicht eingetragene Pächter oder Miether nur als persönlicher Gläubiger liquidiren darf (§§ 350 ff. I. 21 A.L.R.). Auch dies ist aber kein Grund, den Besitz zu leugnen.

Die definitiven, absoluten und relativen Rückforderungsrechte können zerstörbar und unzerstörbar konstruirt werden. Man kann ihre Wirksamkeit auf den ersten Erwerber beschränken, man kann ihre Wirksamkeit auf alle Sukzessoren ausdehnen. Durchaus verfehlt ist es aber, den Charakter der possessorischen Rückforderungsklage in der Zerstörbar-

---

[66]) l. 6 § 2 de precario:
nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

[67]) Der Umstand, daß die moderne Jurisprudenz Besitz und unzerstörbares Recht verwechselt, ist auch der eigentliche Grund der so unpraktischen Lehre, daß die natürlichen Besitzer wie Kolon und Inquilin das interdictum unde vi nicht haben.

keit derselben zu suchen. Anklänge dieser Auffassung finden sich schon bei Ziebarth, Realexekution S. 262, 271:

„Die Klage gegen den Dritten kann nie Besitzklage sein."

Bruns S. 214:

„Wenn man nach diesen Bestimmungen die Klage in ihrer weitesten Ausdehnung nimmt, also sie auch gegen Dritte und selbst redliche Besitzer zuläßt ...., so ergiebt sich, daß die Klage vollständig den Charakter der Vindikation der Sache aus bloßem Besitze, ja aus bloßer Detention annimmt." [68])

Ihering S. 47 sagt aber ausdrücklich, daß der Rechtszustand hinsichtlich des Geldes lediglich auf den Besitz gestellt ist, und Meischeider führt in weiterer Entwicklung dieses Gedankens aus, daß das zerstörbare Rückforderungsrecht an Mobilien nach deutschem Rechte eine possessorische Klage sei. Trotzdem giebt es auch am Gelde und an den Mobilien ein definitives und absolutes Rückforderungsrecht, mag man es nun als zerstörbares oder unzerstörbares Recht konstruiren; die Römer gestatten auf das zu Unrecht verlorene Geld die Vindikation, l. 1 § 1 de stip. serv. 45. 3, l. 11 § 2 D. de reb. cred. 12. 1; es ist aber zu konstatiren, daß die moderne Theorie keinen Anstand genommen hat, bei dem Rückforderungsrecht in der Zerstörbarkeit den Charakter des possessorischen Rechts zu suchen, während sie dem Miether Besitz deshalb abgesprochen hat, weil er nur ein zerstörbares Recht habe.

Allerdings sind die Klagen vorläufigen Rechts zerstörbare Rechte, indem es im Wesen dieser Klagen liegt, auf bestimmte Fälle beschränkt zu sein; aber daraus folgt keineswegs, daß alle zerstörbaren Rechte Besitzrechte seien. Nach moderner Anschauung ist ja auch das Recht des Besitzers, dem eine Eintragung gegenübersteht, ein zerstörbares Recht; man wird aber doch wohl dem faktischen Besitzer noch Besitz zuzusprechen haben.

Rückforderungs- und Forderungsrechte lassen sich obligatorisch und nicht obligatorisch konstruiren, je nachdem sie mit den Obligationen des Besitzers in Konkurrenz treten oder nicht. Wie weit man das eine oder andere Prinzip befolgen will, hängt lediglich von praktischen Erwägungen ab; und auch das ist nicht einmal begrifflich nothwendig, daß man die Begriffe des zerstörbaren und obligatorischen Rechts in fester Verbindung

[68]) Förster sagt § 157: „Der Schutz des Besitzrechtes ist daher kein absoluter wie bei der Vindikation." — Dies soll nichts Anderes heißen, als daß das vorläufige (auch das definitive aber relative?) Rückforderungsrecht zerstörbar, das definitive und absolute unzerstörbar ist. Die Begriffe des unzerstörbaren und absoluten Rechts laufen hier ebenfalls in einander.

hält, wie ja ſchon für das römiſche Recht aus dem Umſtande deutlich erhellt, daß eine Vindikation der nummi zugelaſſen wird. Im modernen Recht hat man faſt alle Rückforderungsrechte ſowohl des abſoluten wie des relativen Rechts zerſtörbar konſtruirt, indem man ihnen das unbedingte Verfügungsrecht auf Grund der Eintragung und das von beſtimmten Bedingungen abhängige Verfügungsrecht auf Grund des Beſitzes entgegenſtellt. Es erſcheint aber gewiß nicht geboten, das nunmehr zerſtörbare Rückforderungsrecht auch die Schickſale der Obligation theilen zu laſſen.

Wir glauben im Intereſſe der Sache nicht oft genug darauf hinweiſen zu können, daß aus den vieldeutigen Worten „Beſitz, dingliches Recht und Obligation" ſich erſt beſtimmte reale Begriffe kryſtalliſiren müſſen.

---

§ 8. Schutzmittel des Beſitzes (Pönal- und Schadenserſatzklagen).

A. Aus dem bloßen Beſitze.

Die Möglichkeit körperlicher Herrſchaft wird dem Beſitzer durch eine Reihe von Pönal- und Schadenserſatzklagen garantirt, und zwar auch dann, wenn er das definitive Recht nicht hat, ſein Recht ſonach nur ein unvollkommenes iſt.

a) Charakter des Beſitzſchutzes.

Man geht von der leitenden Idee aus, daß der Beſitz, obgleich er ohne Inhalt, alſo ein rechtliches Nichts iſt, gegen Eigenmacht geſchützt werde.

Savigny S. 30:

> „Da der Beſitz an ſich kein Rechtsverhältniß iſt, ſo iſt auch die Störung deſſelben keine Rechtsverletzung, und ſie kann es nur dadurch werden, daß ſie ein anderes Recht zugleich mit verletzt." (conf. Randa § 3, § 7.)

Aber es iſt widerſpruchsvoll, ein Nichts ſchützen zu wollen. Die Schutzmittel gewähren vielmehr dem Beſitzer die Möglichkeit körperlicher Herrſchaft, und nur das iſt zuzugeben, daß die Verletzung des Beſitzes, auch dann, wenn er nicht mit dem definitiven Rechte ſich verbindet, ſondern nur vorläufiges Recht iſt, Obligationen ex delicto erzeugt. Aber auch dann liegt dieſem Schutze ein wenigſtens vorläufiges Recht zu Grunde.

Ein Beſitzſchutz ferner, der nur die Verletzung eines anderen Rechts ſühnen ſoll, iſt kein Beſitzſchutz.

Frage ist nun zunächst: worin besteht das Eigenthümliche des Besitzschutzes durch Pönal- und Schadensersatzklagen?

Man hat es in dem Schutze gegen die gewaltsame Störung gefunden. Savigny lehrt S. 192 ausdrücklich, daß wenn bei einem Rechte eine gewaltsame Störung der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, es ganz konsequent wäre, auch gegen diese Störung durch solche Interdikte zu schützen. Bei Savigny verbirgt sich also unter dem Besitzbegriffe schließlich jedes Recht, das seiner Natur nach eine gewaltsame Störung zuläßt. [1])

Es ist aber als durchaus unrichtig zu bezeichnen, daß nur der Besitz gegen Eigenmacht geschützt werde, vielmehr ist der Schutz gegen Eigenmacht und Willkür die Vorbedingung jedes Rechts. Auch die mittelbaren Rechte, nicht bloß der Besitz sind gegen Gewalt gesichert. Es darf mich weder der Verpflichtete noch ein Dritter verhindern, das Rückforderungs- oder Forderungsrecht, und wäre es auch nur ein vorläufiges, auszuüben, und dies gilt nicht nur für Reallasten und ähnliche Rechte, sondern für die einfachste Obligation aus dem Kaufe, Tausche u. s. w. Es ist dies freilich kein Schutz im Besitze, der dem Forderungsberechtigten überhaupt nicht zusteht, aber ein Schutz des Rechts gegen Eigenmacht und Willkür. Zu diesem Zwecke sind sogar besondere Edikte aufgestellt, l. 1 pr. ne quis eum 2. 7:

> hoc Edictum praetor proposuit, ut metu poenae compesceret eos, qui in jus vocatos vi eripiunt (conf. l. 1 D. si quis jus dicenti 2. 3).

Freilich wird die gewaltsame Störung der Ausübung eines mittelbaren Rechts in der Regel einen Angriff auf das Recht der freien Persönlichkeit enthalten [2]), auch liegt der Schutz gegen den Verpflichteten bereits in der Obligation, so daß es der Aufstellung besonderer Rechtsmittel

---

[1]) So sagt auch das Preuß. O.Tr. in dem Erk. vom 31. Januar 1853 (Entsch. Bd. 24 S. 392):

„Der Interdiktenbesitz ist vielmehr auf alle Rechte anzuwenden, welche .... einer gewaltsamen, heimlichen oder bittweisen Verletzung fähig sind."

„Vermögensrechte, die gewaltsam gestört, mithin (?) durch die Possessorienklage geschützt werden können."

Koch § 80 A.L.R. I. 7 Note 48:

„Die possessorischen Rechtsmittel sind zum Schutze eines affirmativen Rechts unanwendbar, weil ein Dritter solches nicht vi, clam, precario stören oder entziehen kann."

[2]) Merkwürdiger Weise findet Savigny den Grund der besonderen Ahndung der Besitzstörung gerade darin, daß sie ein anderes Recht mit verletzt. Daraus könnte man aber höchstens schließen, daß es besonderer Interdikte zum Schutze des Besitzes nicht bedürfe.

kaum bedarf, es wäre aber unerhört, wenn man den bloßen Besitz gegen Eigenmacht schützen, das definitive Recht aber derselben Preis geben wollte.

Das Charakteristische des Besitzschutzes liegt aber darin, daß der Schutz sich auf die Möglichkeit körperlicher Herrschaft bezieht, und des eigentlichen Besitzschutzes in der Unvollkommenheit des geschützten Rechtes und seines Schutzes.

Auch der bloße Besitzer, der das definitive Recht nicht hat, darf nicht eigenmächtig dejizirt werden, l. 1 § 5 D. de vi et vi armata:

dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat;

er darf ferner nicht eigenmächtig durch Errichtung von Anlagen im Gebrauche der Sache verhindert werden, l. 11 D. eodem:

vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. [3])

Geschieht dies dennoch, so entsteht aus dem Malefizium [4]) des Dejizienten oder Störenden eine Schadensersatzklage, selbst dann, wenn der Dejizirte oder Gestörte ein definitives Recht nicht hatte und mit seinem Vermögen zur Restitution aller Früchte verantwortlich war. Nach der l. 7 C. unde vi erwirbt er durch die Entsetzung sogar das Eigenthum. [5])

In gleicher Weise wird die physische Einwirkung auf ein besessenes Grundstück, welche gegen den Protest des Besitzers oder heimlicher Weise vorgenommen wird, mit dem interdictum Quod vi aut clam gesühnt; l. 1 § 2 Quod vi aut clam:

Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci.

Interdictum unde vi und interdictum Quod vi aut clam werden in dieser Beziehung einander ganz gleichgestellt; es ist an sich ein Unrecht,

[3]) conf. l. 3 § 13 eodem:

Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi.

[4]) Aus der Deliktsnatur der Schadensersatz- und Pönalklagen folgt selbstverständlich noch nicht die Deliktsnatur der Besitzklagen überhaupt, ebensowenig wie aus der Deliktsnatur der zum Schutze des Eigenthums aufgestellten Obligationen die Deliktsnatur der Eigenthumsklage.

[5]) Auch der vitiöse Besitzer erwarb dadurch, daß er gewaltsam dejizirt wurde, zur Strafe des Dejizienten schon im klassischen Rechte das vorläufige Recht: § 6 J. de interdict., l. 9 § 1 D. de vi.

den Besitzer eines Grundstücks zu dejiziren, gewaltsam am Gebrauche zu verhindern, schädigend auf das Grundstück einzuwirken, bevor das definitive Recht durch Erkenntniß festgestellt und die Einweisung in den Besitz erfolgt ist; l. 15 D. de vi et vi armat:

> si vi me dejeceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi dejecisti, aut vi aut clam fecisti.

Der Schutz ist aber nur ein beschränkter.

b) Arten des Besitzschutzes.

Es giebt der Hauptsache nach nur drei Arten von Deliktsklagen aus der Verletzung des bloßen Besitzes:

1) das interdictum unde vi aus der Dejektion,
2) das interdictum quod vi aut clam aus der gewaltsamen und heimlichen Einwirkung auf das Grundstück selbst,
3) die actio aus dem durchgeführten interdictum uti poss. auf das Interesse, wenn der Beklagte dem prätorischen Befehle entgegenhandelt.

Die Klagen zu 1 und 2 folgen unmittelbar aus der Verletzung; die Klage zu 3 setzt außerdem den vorhergehenden prätorischen Befehl voraus und wird nur dann gegeben, wenn nach angestelltem Interdikt gegen das Verbot des Prätors gehandelt ist:

> alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit, l. 7 D. ne quid in loco publ. 43. 6.

Die Kondemnationssumme wird im römischen Rechte nach dem Interesse bestimmt, welches der Gestörte an der Zurückbehaltung des Besitzes hat (l. 3 § 11 und l. 1 pr. uti possid.); im modernen Rechte tritt an Stelle dieser arbiträren Schätzung eine dem Ermessen des Richters unterliegende Geldstrafe, welche aber ganz so wie im römischen Rechte erst nach angestellter und demnächst durchgeführter Besitzklage in einem besonderen Verfahren als verwirkt festgestellt und eingezogen wird. Das interdictum uti possidetis steht um deshalb der Besitzklage der modernen Praxis so auffallend nahe, weil es selbst ein praktisches Rechtsmittel gewesen ist. Sein Wesen liegt in dem Verbot durch den Prätor oder Richter, damit dadurch der Anstellende Schutz für die Zukunft erlange. Es wäre ja auch mindestens sonderbar, wenn man den definitiv Berechtigten, der auf Grund seines Rechtes z. B. über das Grundstück geht, sofort einer Schadensersatzklage unterwerfen wollte. Nach angestelltem Interdikte hat er sich freilich der Ausübung seines Rechts so lange zu enthalten,

bis er die Klage des definitiven Rechts durchgeführt hat, es sei denn, daß ihm ein besonderes Interdikt gegeben ist.[6])

Alle diese Klagen sind Deliktsklagen aus der ungerechtfertigten Verletzung, und auch hieraus ergiebt sich die Richtigkeit des Ausspruches der l. 1 § 3 D. de interd. 43. 1:

> interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt,

indem der Prätor seine Befehle durch Obligationen erzwingt.

c) Beschränkung des Besitzschutzes auf das Objekt.

Wir haben schon oben gesehen, daß im Wesen des ohne definitives Recht gegebenen Besitzschutzes die Beschränkung liegt. Eine solche findet sich im römischen Rechte auch hinsichtlich des Objekts. Eine Schadensersatzklage unmittelbar aus der Verletzung des bloßen Besitzes, welcher des definitiven Rechts ermangelt, ist aufgestellt nur für Immobilien.

Das interdictum unde vi und Quod vi aut clam bezieht sich nur auf unbewegliche Sachen:

l. 1 § 6 D. de vi 43. 16:

> illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi;

l. 1 § 4 D. Quod vi aut clam:

> hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecunque in solo vi aut clam fiunt.

Für bewegliche Sachen giebt es nur ein prohibitorisches Interdikt, das interdictum utrubi, das später in seinen Funktionen durch das interdictum uti possidetis ersetzt worden ist, d. h. nur nach gesprochenem Interdikt wurde der Befehl des Prätors exekutirt, nur nach demselben

---

[6]) Durch das prohibitorische Interdikt wird Kläger oder Verklagter zum Besitzer erklärt und also vom angestellten Interdikt an als Besitzer geschützt.

Es giebt hiernach einen Besitzesschutz von doppelter Art:

a) aus einer Handlung vor angestelltem Interdikt (interdictum unde vi, Quod vi aut clam),

b) aus einer Handlung nach angestelltem Interdikt (Schadensersatzklagen aus dem interd. uti poss.).

Der Besitzesschutz zu b. reicht in jeder Beziehung weiter als der zu a., sowohl insofern, als er sich nicht nur gegen die Dejektion und die zerstörende Einwirkung auf das Grundstück, sondern gegen jeden Eingriff in die Besitzsphäre richtet, als auch insofern, als er in den Spezialinterdikten selbst über den natürlichen Besitz hinaus auf den Rechtsbesitz übertragen ist.

wurden Schadenserſatzklagen aus dem bloßen Beſitze gegeben, wenn dem Befehle entgegen gehandelt wurde.

Eine anderweite Schadenserſatzklage hat der Beſitzer einer beweglichen Sache nur dann, wenn ihm zugleich ein definitives Recht zuſteht.

Nach den beſtimmten Ausſprüchen der Quellen unterliegt es keinem Zweifel, daß die Römer dieſen Rechtszuſtand als einen vernünftigen gewollt haben; von einer großen Lücke im römiſchen Rechtsſyſtem kann gar keine Rede ſein. Vor Allen ſollte aber Ihering, welcher S. 61 mit Energie erklärt, daß der Beſitzesſchutz der ehrlichen Leute wegen eingeführt ſei, davon überzeugt ſein, daß ſeine Diebe und Räuber aus ihrem Verbrechen nicht noch eine Schadenserſatzklage erlangen können. Es iſt vollſtändig genügend, wenn bei Mobilien die Verletzung jedes definitiven Rechts, jedes wirklichen Intereſſes eine Schadenserſatzklage erzeugt, und eine demnächſt allerdings auch aufrecht zu erhaltende Entſcheidung über das vorläufige Recht erfolgt. Es widerſpricht ſogar jedem Rechtsgefühle, Diebe und Räuber mit Schadenserſatzklagen auszuſtatten.

Deshalb wird zwar die actio furti auf jedes definitive Intereſſe gegründet, mag daſſelbe auch aus einer Verpflichtung hervorgehen, l. 10 D. de furtis 47. 2:

> cujus interfuit non surripi, is actionem furti habet. l. 15 § 1. 2, l. 71 § 1 eodem.

Dem malae fidei possessor wird aber die Klage abgeſprochen, l. 12 § 1 eodem:

> sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur;

und insbeſondere gilt dies von dem fur furis, l. 76 § 1 eodem.

Ganz dieſelben Grundſätze kommen bei der actio vi bonorum raptorum zur Anwendung:

> quare sive commodata sive locata sive pignerata sive etiam deposita sit apud Titium sic, ut intersit ejus eam non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit, sive bona fide possideat, sive usum fructum in ea quis habeat vel quod aliud jus, ut intersit ejus non rapi: dicendum est competere ei hanc actionem ... et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit, in re clam facta, ex hisdem causis omnes habere hanc actionem.

Ein Intereſſe wird ſtets verlangt, wenn auch das geringſte Intereſſe genügt. (Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, l. 2. § 24 D. vi bon. rapt. 47. 8.)

Daher wird auch die Schadensersatzklage aus der lex Aquilia nur auf Grund der bonae fidei possessio, welche nach l. 49 de V. S. ein definitives Recht an dem Gebrauche giebt, und auf Grund eines sonstigen Rechts gegeben:

l. 17 D. ad legem Aquil. 9. 2:

si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur. l. 11 § 8 eodem.

Die actio quod metus causa wird gegen den Forderungsberechtigten verweigert, weil sie einen wirklichen Schaden voraussetzt (propter naturam metus causa actionis, quae damum exigit, l. 12 § 2 D. quod metus causa 4. 2).

Ja bei der actio furti und vi bonorum raptorum wurde es zweifelhaft[7]), ob ihr auch der Eigenthümer verhaftet sei, da er ja möglicher Weise annehmen könnte, sich im Rechte zu befinden (quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre a possessoribus); Justinian schneidet diese Ausflucht ab (licet suam eandem rem existimet) und mit vollem Rechte, da auch der Eigenthümer seine Sache Niemand, der irgend ein Recht hat, mit Gewalt fortnehmen soll, § 1 J. IV. 2.[8]) Damit ist aber der das ganze römische Recht durchziehende Grundsatz gewiß noch nicht aufgehoben, daß die Schadensersatzklage bei Mobilien nur auf ein definitives, wenn auch beliebiges Recht zu gründen ist, wie ja auch schon daraus folgt, daß die oben zitirte Stelle als § 2 in unmittelbarem Zusammenhange mit § 1 J. IV. 2 steht.

d) Kläger.

Das interdictum unde vi hat jeder Besitzer, auch derjenige, welcher vi clam precario besitzt, § 6 J. de interdictis, nur nicht der gewaltsame Okkupant, der im Momente der Dejektion wieder dejizirt ist. Dem letzteren kann sein vitiöser Besitz entgegengehalten werden.

Savigny nimmt für das vorjustinianische Recht an, daß wenn der Besitz selbst vi clam precario angefangen hatte, und zwar so, daß die Gewaltthätigkeit gegen den jetzigen Beklagten selbst vorgefallen war (ab adversario vi possidere), das Interdikt ausgeschlossen gewesen wäre, und daß nur gegen das int. de vi armata diese Exzeption nicht gegolten

---

[7]) l. 2 § 18 vi bonor. rap.:

si quis igitur suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter mulctabitur.

[8]) So schon die l. 15 § 2 D. de furtis: „etiam cum ipso domino, si etiam surripiat, habebis furti actionem." l. 17 D. ad legem Aq. 9. 2.

habe. Er beruft sich dabei auf Cic. pro Caec. cap. 32, Cic. ep. ad fam. VII. 13, l. 1 § 7 de cloacis, Paulus V. 6. § 7, Gaius IV. § 157 fragm. leg. Thoriae (S. 447 Note 1).

Mag diese Ansicht auch begründet sein, so wird doch zugegeben werden müssen, daß schon vor Justinian die Einrede des fehlerhaften Besitzes beim interdictum unde vi vielfach beschränkt ist.

Die Exzeption steht überhaupt nicht in der Formel des Edikts l. 1 pr. D. de vi. Wenn Savigny S. 449 Note 2 behauptet, daß sie sicher darin gestanden, und daß sie Justinian absichtlich unterdrückt habe, so wird der Beweis für diese Behauptung noch zu erwarten sein. Daß das Edikt aber in der That die Exzeption nicht enthalten hat, scheint die Motivirung der l. 17 D. l. c. zu ergeben. Julian rechtfertigt die Ansicht, daß die Dejektion des Dejizienten in ipso congressu straflos erfolgen könne, mit dem Hinweis darauf, daß der Dejektus und nunmehrige Dejizient seine frühere Lage eigentlich nur aufrecht erhalte. Wozu hätte es aber dieser künstlichen Motivirung bedurft, wenn der Prätor überhaupt edizirt hätte, daß der Dejizient zu jeder Zeit wieder straflos dejizirt werden könne?

Wir haben ganz bestimmte Quellenzeugnisse, in denen auf das Bestimmteste angeordnet wird, daß die Dejektion des Dejektus nur ex continenti, in ipso congressu erfolgen dürfe: l. 3 § 9, l. 17 eodem. Der Gesetzgeber würde sich aber in einem Widerspruche befinden, wenn er einmal nur die sofortige Dejektion, gleich darauf aber die Dejektion zu jeder Zeit zuließe. Justinian billigt offenbar in § 6 J. de interdictis die erste Meinung, und wie auch Savigny S. 448 zugiebt, behandelt er die Ungültigkeit der Exzeption als eine ganz bekannte Sache. Davon, daß Justinian eine Aenderung des alten Rechts beabsichtigt habe, findet sich nirgends eine Spur, und auch der Versuch Savigny's, der diese auffallende Erscheinung aus der l. 7 C. unde vi rechtfertigen will, dürfte als gelungen nicht zu erachten sein.[9]) Denn wenn Savigny das in seinen Detailbestimmungen nicht ausgeführte Klagerecht der l. 7 l. c. in seinen materiellen Voraussetzungen nach den Grundsätzen des interdictum unde vi beurtheilen will, so ist es ein Drehen im Kreise, wenn nun trotzdem die materiellen Voraussetzungen des interdictum unde vi nach der l. 7 C. unde vi bestimmt werden sollen. Natürlicher als die Behauptung Savigny's, daß Justinian in der l. 1 § 30 de vi,

[9]) Nach Savigny S. 448 sollen die früheren Juristen gemeint haben, bald, daß Justinian das alte Recht stillschweigend geändert habe, bald, daß die Aenderung in einer verlorenen Konstitution vorgenommen worden sei, bald, daß Tribonian über das alte Recht völlig unwissend gewesen sei.

l. 18 pr., l. 17, l. 14 eodem recht künstlich alles das weggelassen habe, woraus eine Abweichung des alten Rechts direkt (d. h. anders als durch ein argumentum a contrario ꝛc.) bewiesen werden könnte, erscheint die Meinung, daß er eine Aenderung überhaupt nicht vorgenommen habe; denn eine künstliche Unterdrückung eines Wortes oder Satzes ist an keiner Stelle sichtbar. Auch im vorjustinianischen Rechte scheint man selbst bei dem gewöhnlichen Interdikt die Einrede immer mehr auf den Fall eingeschränkt zu haben, daß Beklagter den Kläger sofort bei der Dejektion wieder dejizirt hatte. Es liegt wohl kein Grund vor, die Einrede so zu konstruiren, daß sie der uns überlieferten Formel des Edikts und dem von den Römern selbst gegebenen Kommentare widerspricht. Im Falle der vis armata war diese Einrede überhaupt nicht gegeben, wie ja selbst die Vertheidigung im Besitze auf das Maß straffloser Abwehr beschränkt ist (l. 1 C. unde vi, l. 14 D. de vi et vi armat). [10])

An sich dürfte auch diese Auffassung allein dem praktischen Bedürfnisse entsprechen, denn es erscheint ungehörig, das Recht wieder zu dejiziren, dem entsetzten Besitzer zu jeder Zeit offen zu halten. Die von Savigny zitirten, oben angegebenen Stellen enthalten keinen Widerspruch gegen die ganz bestimmt gefaßten Vorschriften der l. 3 § 9, l. 17 D. de vi, § 6 J. de interdictis, wenn man dabei nur festhält, daß die Einrede der l. 17 D. cit. eben gemeint, und die früher wohl weiter gehende Einrede mehr und mehr in dieser Weise beschränkt ist. Savigny erklärt die l. 1 C. unde vi S. 37 ganz in unsrem Sinne, und wenn man nicht ganz genau spricht, kann man sowohl sagen, daß der gewaltsame und heimliche Besitzer wieder dejizirt werden könne, wie auch, daß dies nicht zulässig sei, da das Recht der Wiederentsetzung eben ein bedingtes ist.

So konnte auch Justinian im § 6 J. de interdictis ohne Weiteres die Unzulässigkeit der Einrede behaupten, während sie in gewisser Weise trotzdem noch besteht.

Das interdictum Quod vi aut clam wird auch dem vitiösen Besitzer zuzusprechen sein; nur ist es bei diesem Interdikt ausdrücklich dem Ermessen des Richters überlassen, ob er die Einrede zulassen will, daß Kläger selbst vi oder clam gehandelt habe, l. 7 § 3 Quod vi aut clam:

> Bellissime apud Julianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto: quod non tu vi, aut clam feceris; .... alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet.

[10]) D. h. auch der gewaltsame Besitzer, der wegen sofortiger Wiederdejektion gar nicht in die Lage kommt, Besitz zu erwerben, darf doch nicht mit Waffengewalt dejizirt werden. Sonst steht ihm das interdict. unde vi zu.

Daß das interdictum uti possidetis nur der vollständige Besitzer anstellen könne, der vom Gegner nicht vi clam precario besitzt, haben wir schon oben gesehen, also gebührt auch ihm allein die Schadensersatzklage aus dem durchgeführten Interdikt.

Das interdictum unde vi hat auch der vollständige gegenüber dem unvollständigen Besitzer, wenn letzterer sich durch Dejektion in Besitz gesetzt hat, wenn er den vollständigen Besitzer bei Ausübung der vorbehaltenen Besitzhandlungen oder nach Aufhebung des unvollständigen Besitzes nicht zuläßt. Das Interdikt fällt aber in den beiden letzteren Fällen fort, wenn der unvollständige Besitzer zur Herausgabe nicht verpflichtet, wenn er im Verhältniß zum Gegner definitiv berechtigt ist.

l. 12 D. de vi:

nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset.

Daher verschiebt auch die l. 11 C. unde vi die Bestrafung des Pächters, welcher das Grundstück nicht herausgiebt, bis nach dem definitiven Erkenntniß.

Selbstverständlich hat der vollständige Besitzer das Interdikt auch aus der Dejektion des unvollständigen, soweit dieser für ihn besitzt.

Das interdictum unde vi hat jeder körperliche,[11]) wenn auch unvollständige Besitzer, soweit er für sich besitzt.

Diese Auffassung tritt mit der herrschenden Theorie in den entschiedensten Widerspruch. Savigny sagt S. 424:

„Die erste Bedingung dieses Interdikts ist die, daß der Kläger juristischen Besitz zur Zeit der Dejektion wirklich gehabt habe,"

und meint damit, daß nur der vollständige Besitzer das interdictum unde vi anstellen könne; bei Puchta § 135 Note a findet sich die allerdings sehr kategorische Behauptung, die Ansicht Thibaut's (Arch. XVIII. 13) u. A., daß bei diesem Interdikt auch die Detention hinreiche, habe kaum den Schein eines Grundes für sich.

Wie Savigny den Satz formulirt, ist er übrigens neu. Die bedeutenderen Juristen vor ihm haben wenigstens anerkannt, daß der zum interdictum unde vi berechtigende Besitz doch ein anderer sei als der des interdictum uti poss. (Cuperus de nat. poss. P. I cap. 2, Donellus V. cap. 7 § 9). Allerdings wird im Wesentlichen nur der beschenkten Ehefrau das interdictum unde vi zugesprochen, trotzdem sie wahren Besitz nicht habe. Auf einem ganz anderen Standpunkte stehen noch die Basiliken, indem sie jeden körperlichen, wenn auch unvollständigen

---

[11]) Den Gegensatz bilden die jura, quae non habent certam continuamque possessionem. l. 14 pr. D. de servit. 8. 1.

Besitz für ausreichend erachten und nur hinsichtlich des Pachtbesitzes eine besondere Ausnahme aufstellen. Sie wahren wenigstens das richtige Prinzip.

Während so die Theorie das interdictum unde vi mehr und mehr in unerträgliche Fesseln gelegt hat, hat die ihre eigene Wege wandelnde Praxis wohl gerade deshalb einen über alles Maß hinausgehenden Besitzschutz ausgebildet, so daß man sogar von einem Schutze der bloßen Detention spricht.

Die moderne Theorie des römischen Rechts erscheint uns aber haltlos. Sie widerspricht zunächst dem praktischen Bedürfnisse. Sie erlaubt es dem Eigenthümer, daß er sich gegen seine Pächter und Miether und, wenn man konsequent sein wollte, auch gegen den Usufruktuar, Superfiziar u. s. w. selbst Recht spreche; sie konstruirt zu seinen Gunsten ein über alles Maß gehendes Faustrecht. Weshalb bedarf es da erst der Exmissionsprozesse, da der Vermiether besser thut, den Miether einfach hinauszuwerfen? Es kann nichts helfen, wenn Savigny S. 284 bemerkt, gegen die Gewaltthätigkeit des Eigenthümers schütze den Pächter schon der bloße Vertrag, und störe ein Dritter den Besitz, so seien die Interdikte des Eigenthümers hinreichend, da auch in diesem Falle der Pächter aus dem Vertrag fordern könne, daß der Eigenthümer ihn schadlos halte oder ihm die Interdikte zedire.[12]) Daran wird freilich noch Niemand gezweifelt haben, daß das definitive Pachtrecht, wenn auch nur ex jure cesso, zu schützen sei; aber darum handelt es sich hier gar nicht. Frage ist, ob der Pächter, der auf Grund eines nichtigen oder anfechtbaren Vertrages einmal den Besitz erlangt hat, der also den Prozeß aus dem Miethsverhältnisse verlieren würde, straflos dejizirt werden könne.

Glücklicher Weise steht die Lehre, welche diese Frage bejaht, allein auf den Blättern der Theorie verzeichnet. Kein praktischer Gesetzgeber kann sich der Aufgabe entziehen, Pacht und Miethe, ja jeden natürlichen Besitz gegen Dejektion zu schützen.[13]) Freilich ist es im hohen Grade merkwürdig, daß das kultivirteste Recht der Welt dieser Aufgabe nicht gerecht geworden sein soll, aber von der Praxis wird dies im Großen und Ganzen ignorirt, indem sie das interd. unde vi oder die Spolienklage aus jedem natürlichen Besitze giebt (conf. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. V. S. 164).

Die herrschende Theorie widerspricht ferner dem konsequent durchgeführten Begriffe des Besitzes. Auch der unvollständige Besitz giebt das

[12]) Aehnlich Randa S. 99.

[13]) § 141 I. 7 A.L.R.

Recht, sich mit Gewalt in demselben zu behaupten. Daher muß die dieser Gewalt entgegentretende Gewalt strafbar, wenigstens widerrechtlich sein. Der Gesetzgeber kann unmöglich dem unvollständigen Besitzer das Recht geben, die Gewalt gewaltsam abzuwehren, und dem vollständigen zugleich das Recht, den unvollständigen mit Gewalt zu dejiziren. Damit würde er der Besitzidee entgegentreten, nach welcher dasselbe Besitzrecht nur Einem zustehen kann, er würde beide Parteien zugleich mit dem Rechte der Gewalt ausrüsten und den Krieg zwischen ihnen als einen gesetzlichen sanktioniren.

Auch hat der unvollständige körperliche Besitzer das corpus für sich, deshalb kann er dejizirt werden,[14]) und deshalb muß ihm auch das interdictum unde vi gegeben sein.

Die bekämpfte Theorie hat kein Gesetz für sich, vielmehr bezieht sie sich nur auf Stellen, die das Gegentheil des Beweisthemas darthun. Wir wollen ganz davon absehen, daß Savigny gerade bei dieser Gelegenheit die Rede Cicero's pro Caecina interpretirt, in welcher der Redner zu beweisen sucht, daß das interdictum de vi armata noch nicht einmal natürlichen Besitz zur Voraussetzung gehabt habe; in der l. 9 und 10 de vi 43. 16 heißt es aber ganz ausdrücklich:

> dijicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

Warum soll denn der römische Jurist es mit solcher Entschiedenheit hervorheben, daß zu diesem Interdikte auch der natürliche Besitz genüge, wenn nicht ein Gegensatz zu einem anderen Interdikte, nämlich dem interdictum uti possidetis stattfände, wenn nicht der das letztere Interdikt begründende Besitz ein ganz besonderer gewesen wäre (l. 9 D. de R. V.)? Savigny greift nur den Schlußsatz des Gesetzes auf, versteht ihn dahin, daß dem Kolonen das Interdikt abgesprochen werde, und verallgemeinert ohne jede Berechtigung und gegen den direkten Wortlaut des Gesetzes das angeblich vom Pachtbesitzer Gesagte auf jeden natürlichen Besitzer, während man allenfalls dem Kolonen (obschon nicht dem Miether)[15]) bloßen Rechtbesitz, d. h. nur das Recht zu einzelnen unter-

[14]) Daß auch sonst die Möglichkeit der Dejektion und die Zulassung des interdictum unde vi sich gegenseitig bedingen, zeigt nicht nur die l. 1 § 9 unde vi, sondern auch die l. 4 § 27 D. de usurp.

[15]) Auch in der l. 27 D. de donationibus 39. 5 wird ein Miethsrecht durch das interdictum unde vi geschützt.

brochenen Besitzhandlungen zusprechen und ihm so das interdictum unde vi verweigern kann.

Savigny erklärt die Stelle überhaupt nicht aus sich heraus, sondern ergänzt sie ganz willkürlich dahin S. 79 Note 2:

Non tamen si colonus dejectus erit, poterit colonus interdicto uti.

er meint, es solle auf den Unterschied aufmerksam gemacht werden, der zwischen den Rechten der beschenkten Ehefrau und des Pächters in Beziehung auf den Besitz obwalte. Nur ist dabei zu bedenken, daß dieser Unterschied nicht durch die Stelle selbst, sondern allein durch den von Savigny beliebten Zusatz zum Ausdruck gebracht wird, und daß es sehr gewagt ist, auf einen willkürlichen Zusatz eine Lehre zu gründen, die anerkannter Maßen so unpraktisch ist, daß die Theorie des Mittelalters wie eine Erlösung vom Banne des römischen Rechts gefeiert wird.

Nicht einmal vom grammatischen Standpunkte aus läßt sich der von Savigny der Stelle gegebene Zusatz rechtfertigen. Die beschenkte Frau ist in dem Satze: „poterit interdicto uti" Subjekt und muß es daher auch bei der Ergänzung des zweiten Satzes bleiben, da ein anderes Subjekt nicht angegeben ist. Nur die Subjekte der bedingten Sätze werden von dem Juristen geändert. Es ist auch nicht erfindlich, wie der Jurist ganz unmotivirt von dem behandelten Thema abspringen und ganz nebenbei die wichtige rechtliche Entscheidung abgeben sollte, daß der Kolon das interdictum unde vi nicht habe. [16])

U. E. unterliegt der l. 10 D. l. c. nur der Fall, daß der Ehemann seiner Ehefrau ein Landgut geschenkt hat, und nun sie trotz der Schenkung dejizirt. Daß die entsetzte Ehefrau gegen Dritte das Interdikt hat, ist selbstverständlich und bedarf gar keiner Entscheidung, da sie Dritten gegenüber sowohl besitzt, wie usukapirt, l. 1 § 4 de A. vel A. P., l. 1 § 4, l. 3 pro donato 41. 6, l. 25 de donat. 24. 1, sie übrigens auch dann das Interdikt haben würde, wenn sie ihren Ehemann selbst dejizirt hätte. Aber zwischen Eheleuten soll noch nicht einmal eine Schenkung des Besitzes stattfinden; l. 46 D. de don. int. vir. et ux:

inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est,

[16]) Der Irrthum ist wohl aus der ungenauen und fehlerhaften Uebersetzung der Basiliken entstanden, daraus, daß sie das Wort μισθωτὸς durch Nichtbeachtung des Wortes „si" aus dem bedingten Satze in den Hauptsatz versetzen.

ὅθεν κἂν γυναικὶ δωρήσηται ἀνὴρ καὶ ἐκβληθῇ, κινήσει τὸ νόμιμον παράγγελμα, οὐ μέντοι μισθωτός.

Dagegen sagt der klassische Jurist: non tamen si colonus. Die Basiliken wissen sich denn die Ausnahme auch überhaupt nicht zu erklären und führen einen jedenfalls falschen Grund an: Οὐ γὰρ ἑαυτῷ, ἀλλ' ἑτέρῳ νέμεται, was wenigstens ebenso gut vom Usufruktuar und Superfiziar gesagt werden könnte.

und gerade auf Grund dieser Anschauung mußte sich die Frage aufdrängen:

a) ob der Ehemann die Frau straflos dejiziren kann;

b) wem (dem Ehemann oder der Ehefrau) das Interdikt zustehen soll, wenn der Pächter dejizirt wird.

Die erste Frage wird verneint, weil die Ehefrau immerhin natürlichen Besitz habe. Sollte aber der Ehemann oder ein Dritter nur den Kolonen des geschenkten Gutes entsetzt haben, so ist es ja der Ehefrau gegenüber das Recht des Ehemannes, das Grundstück zurückzunehmen, wenn er nur gegen ihre Person keine Gewalt gebraucht. Deshalb kann sich in dem vorausgesetzten Falle die Ehefrau über nichts beklagen. Das Interdikt aus der Dejektion des Kolonen wird nicht der beschenkten Ehefrau, sondern dem Ehemanne zugesprochen, und zwar aus dem richtigen Grunde, weil der Kolon dem Rechte nach noch für letzteren besitzt.[11]) Ob aber der Kolon ein Interdikt habe, ist in dem Gesetze gar nicht entschieden, dasselbe bedarf zu seinem Verständnisse des Savigny'schen Zusatzes überhaupt nicht.

Hiernach scheint uns die l. 9 und 10 de vi dahin wiedergegeben werden zu müssen:

> Dejizirt kann werden jeder, welcher besitzt, möge sein Besitz sonst mit Rechtsgarantien umgeben sein oder nicht, denn auch der Besitz, der sonst der Rechtsgarantien entbehrt, fällt unter dies Interdikt. Wenn daher der Ehemann der Ehefrau ein Landgut schenkt, so hat sie zwar einen Besitz mit sonstigen Rechtsgarantien nicht, trotzdem hat sie das Interdikt, wenn sie dejizirt wird, nicht aber dann, wenn der Kolon des geschenkten Landguts dejizirt wird.

Savigny wird durch seine Interpretation denn auch genöthigt, das Wort „naturalis possessio" in dem Sinne von Besitz mit juristischer Bedeutung aufzufassen, während es sonst das Vorhandensein einer Rechtsgarantie gerade negirt.

Freilich schreibt Ulpian in der l. 1 § 23 D. de vi vor, daß das Interdikt nur demjenigen zustehen solle, der zur Zeit der Dejektion besaß, aber derselbe Ulpian interpretirt in demselben Gesetze (l. 1 § 9) das „is, qui possidet," dahin: sive civiliter sive naturaliter possideat. Es gereicht der Savigny'schen Schule gewiß nicht zur Empfehlung, daß sie sich hinter die Unbestimmtheit ihrer Begriffe zurückzieht. Die naturalis possessio soll in gleicher Weise die bloße Detention, die gar nichts

[11]) Randa S. 131 bemerkt: „Die Interpretation, die K. versucht, „paßt nicht da persönliche Bewältigung zur vis nicht erforderlich ist." — Der Vorwurf scheint uns nicht berechtigt, da wir es keineswegs leugnen, daß das Interdikt aus der Perso des Stellvertreters begründet werden könne.

Juristisches ist, und die juristische possessio, die nur nicht zur Usukapion geeignet ist, umfassen (Savigny S. 97). Aber es ist fast unglaublich, daß die Römer das Wort „naturalis possessio“ in so entgegengesetzten Bedeutungen genommen haben, daß sie es in der ungewöhnlichsten Bedeutung, die eigentlich dem Wortlaute direkt widerspricht, in einer so bedeutenden Gesetzesstelle angewendet haben sollten, zumal dieselbe die naturalis possessio des interdictum unde vi so scharf dem Besitze des interdictum uti possidetis entgegenstellt.

Unter possessio naturalis kann hier wie sonst nur jeder körperliche Besitz verstanden werden. In der l. 2 § 1 D. pro herede wird dem Kolonen, dem Depositar, dem Kommodatar natürlicher Besitz zugeschrieben, in der l. 7 § 11 D. com. div. 10. 3 ebenfalls dem Kolonen und Depositar. In der l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10. 4 heißt es, daß der Klage sowohl der Civil- wie der Naturalbesitzer haften, und unter letzterem werden offenbar verstanden der Pächter (l. 4 cit.), wie der Usufruktuar (l. 5 § 1 cit.). Wie aber auch der Usufruktuar im eigentlichen Sinne nicht besitzt, l. 5 § 1 ad exhibend., l. 6 § 2 de prec., ihm aber dennoch ein natürlicher Besitz zugeschrieben wird, und ihm daher das interdictum unde vi unzweifelhaft zusteht, l. 3 § 17, l. 10 unde vi, so muß dasselbe auch vom Pacht- oder Miethbesitze gelten.[18]) Ueberall umfassen die Worte civilis et naturalis possessio den ganzen körperlichen Besitz, und in der l. 10 D. unde vi sollte es nun plötzlich anders sein! Für unsere Auffassung spricht auch entschieden die Analogie des interdictum Quod vi aut clam. Schon gegen die Beschädigung des Grundstücks und speziell zu Gunsten des Kolonen gewährt das interdictum Quod vi aut clam ausreichende Hülfe, l. 11 § 12, l. 12, l. 13 § 4 Quod vi aut clam, wie kann man daher überhaupt auf den Gedanken kommen, daß die vollständige Dejektion straflos erfolgen könne?

Die allein praktische Auffassung des Mittelalters, daß jedem natürlichen Besitzer das interdictum unde vi zustehe, stützt sich auch auf ganz bestimmte Quellenzeugnisse, l. 12 u. 18 D. de vi et vi armata. In der ersten Stelle wird dem Kolonen ohne Weiteres das Interdikt zugesprochen:

igitur interdictum Unde vi colono competiturum ....

[18]) Gewiß unrichtig ist es, wenn Savigny S. 92 sich dahin äußert:

„Man kann also allgemein sagen: wer possessio hat, hat auch die Interdikte, wer nur in possessione ist, hat sie nicht, und beide Gegensätze fallen völlig zusammen.“

Gerade vom usufructuarius wird gelehrt, daß er nur in possessione sei, l. 6 § 2 de prec., l. 5 § 1 ad exhibendum, l. 3 § 17 de vi: qualiterqualiter fuit quasi in possessione. Das interdictum unde vi hat aber der Usufruktuar dennoch.

in der zweiten wird gelehrt, daß das Mandat des Verkäufers an den Käufer, den Pächter zu dejiziren, in jedem Falle ein unerlaubtes sei, und daß daher dem dejizirenden Käufer in keinem Falle zur Hülfe zu kommen sei:

> quaesitum est, an emtori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. Dixi, non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.

Daraus wird man denn doch wohl zu schließen haben, daß es unerlaubt sei, den Kolonen eigenmächtig zu dejiziren, da auch ein derartiges Mandat als unerlaubtes bezeichnet wird.

Savigny S. 283 Note 3 glaubt diese Argumentation mit der Bemerkung widerlegen zu können, daß Einige sich durch zwei Stellen hätten irre machen lassen, in welchen dem Pächter die Interdikte zugesprochen werden, daß aber in ihnen vorausgesetzt werde, daß der Pächter den Eigenthümer mit Gewalt aus dem Besitze gesetzt habe. Diese Auffassung hat denn auch einen solchen Beifall gefunden, daß jeder Versuch einer anderen Interpretation von vornherein mit dem Stempel der Unwissenschaftlichkeit gebrandmarkt wird. Von der Savigny'schen Voraussetzung enthalten aber die Stellen und namentlich die l. 12 cit. nicht ein Wort. Es giebt wenigstens zwei Gründe, aus denen der Pächter dem Verpächter den Zutritt verweigern kann, einmal daß er plötzlich und ganz unmotivirt Eigenthum oder ein anderes Recht in Anspruch nimmt, zweitens, daß er die Pacht, deren Ungültigkeit oder Aufhebung behauptet wird, fortsetzen will. Das letztere ist im praktischen Leben das Gewöhnliche, und wir sehen nicht einen Grund, weshalb man die allgemein lautenden Gesetze gerade auf den ungewöhnlichsten Fall beschränken will. Insbesondere aber zeigt der Umstand, daß der angeblich frühere Pächter, der nach Savigny nunmehr Eigenthumsrechte in Anspruch nehmen soll, noch Kolon genannt wird, deutlich, daß hauptsächlich an den zweiten Fall gedacht ist, denn in dem ersten Fall ist der frühere Pächter weder Pächter, noch will er es sein.[19])

Unsrer Auffassung nach ist der der l. 12 und l. 18 de vi unterliegende Fall ein ganz gewöhnlicher. Nach Aufhebung des Pachtrechts

---

[19]) In l. 13 § 7 de injur. et famosis libellis 47. 10 wird übrigens dem Pächter einer Fischereigerechtigkeit im Meere Interdiktenschutz gegeben:

> conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit, nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur.

Die l. 2 § 38 ne quid in loco publico 43. 8 spricht von dem Rechte des Besitzes aus der Konduktion (et jure possessionis fruitur ... sive ex causa emtionis vel conductionis).

durch die Zeit wird der Pächter angewiesen, das Pachtgrundstück einem Käufer zu übergeben. In einem anderen Falle könnte der Verkäufer den Käufer gar nicht anweisen, in den freistehenden Besitz einzutreten (in vacuam possessionem ire), auch würde sich der Pächter dies sonst mit Recht verbitten (nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset). Der Pächter will seinen Besitz aus irgend einem Grunde fortsetzen und läßt den Käufer nicht zu. Nunmehr dejizirt ihn der Käufer. Dem Kolonen wird das Interdikt gegen den Käufer zugesprochen, da letzterer sich nicht auf die Einrede berufen könne, daß der Kolon gegen ihn sich einer vis schuldig gemacht habe; dem Verpächter wird das Interdikt gegen den Kolonen gegeben, weil er seinen Beauftragten nicht zugelassen hat.

Wenn aber selbst demjenigen Kolonen, der zu Unrecht den Pachtbesitz fortsetzt und so den Verpächter durch Nichtzulassung desselben oder seines Käufers dejizirt,[19a]) das interdictum unde vi zugesprochen wird, so liegt wohl der Schluß nahe, daß es noch eher dem zusteht, der mit Recht im Pachtbesitze sitzt.

Gegen die Savigny'sche Interpretation spricht auch noch besonders der Umstand, daß der Kolon durch die Gewalt allein sich gar nicht die causa seines Besitzes zu ändern vermag.

Der herrschenden Theorie gegenüber stützt sich unsre Ansicht hiernach auf folgende Gründe:

a) auf das unbestreitbar vorhandene praktische Bedürfniß,
b) auf die konsequente Durchführung des Begriffes der possessio naturalis,
c) auf die sich streng an den Wortlaut anschließende Interpretation der l. 1 § 9. 10 unde vi,
d) auf die Analogie des interdictum Quod vi aut clam,
e) auf ganz spezielle Gesetze, während die einzige Stütze der Ansicht Savigny's mit seiner Interpretation der l. 1 § 9. 10 unde vi dahinsinkt.

Man muß in der That durch eine rein doktrinäre Auffassung das römische Recht erst verderben, ehe man auf seine Kosten die Errungenschaften des Mittelalters zu feiern im Stande ist.

Daß das interdictum Quod vi aut clam, welches in der l. 15 D. de vi dem interdictum unde vi gleichgestellt wird, jedem natürlichen

[19a]) Bei der Savigny'schen Interpretation scheint die nicht klare Vorstellung zu Grunde zu liegen, als wenn nur dann eine Dejektion erfolgen könnte, wenn der Pächter vollständigen Besitz ergreift. Bei der Dejektion kommt es aber gar nicht darauf an, ob von der anderen Seite Besitz ergriffen wird oder nicht.

Besitzer zugesprochen ist, haben wir schon oben gesehen, dagegen hat das interdictum uti possidetis und die auf das erlassene Interdikt zu gründende Schadenersatzklage nur der vollständige Besitzer, also der eigentliche possessor pro suo oder pro alieno, weil nur er jede Einwirkung auf die Sache zu verbieten vermag. Daher wird dem Superfiziar das interdictum uti possidetis verweigert und ihm ein besonderes, beschränktes Interdikt gegeben (l. 3 § 7 uti possid. und tit. 18 de superficiebus), während er offenbar das interdictum unde vi gebrauchen kann (l. 1 § 5 de vi), daher stützt sich nicht der Kolon und Inquilin, sondern der Eigenthümer auf das interdictum uti possid. (l. 3 § 3 uti possid.), trotzdem kein Grund vorliegt, ihm das interdictum unde vi zu versagen (l. 12. 18 de vi), daher hat der missus in possessionem das interdictum uti possidetis nicht (l. 3 § 8 uti poss.), trotzdem es sich fast von selbst versteht, daß er nicht straflos dejizirt werden darf (l. 18 § 15 de damno infecto.[19b]) Wenn man streng die Begriffe festhält, wird man sich auch überzeugen müssen, daß dieser auf die römischen Quellen zu gründende Rechtszustand der vernunftgemäße sein dürfte. Eine ganz andere Frage ist es freilich, ob man nicht dem Pächter und Miether, ähnlich wie dem Superfiziar, ein eigenes Interdikt retin. poss. zu geben hat, das man ja immerhin als angewandtes aber beschränktes interdictum uti possidetis bezeichnen mag. Die moderne Rechtsentwicklung dürfte dies sogar ganz entschieden fordern; dabei muß man aber auf dem allein logischen Grundsatz des römischen Rechts stehen bleiben, daß das eigentliche interdictum uti possidetis nur der vollständige Besitzer hat.

Die moderne Besitzliteratur behauptet eine ganz allgemeine Ausdehnung des interdictum unde vi, von dem Versuche der Rückkehr wird abgesehen, das Erforderniß der vis soll vollständig verflüchtigt sein, fast könnte man sagen, die Eigenthümlichkeit des interdictum unde vi solle darin liegen, daß es eine Gewalt niemals zur Voraussetzung gehabt habe.

So lehrt schon Savigny S. 431, daß der frühere Besitzer als dejectus das Interdikt gebrauchen könne, wenn er gleich nicht einmal den Versuch mache, seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten. Aber die von ihm angezogenen Stellen l. 3 §§ 8. 9 de poss. beweisen diese Behauptung nicht, und in der l. 1 § 24 de vi und l. 6 § 1 de poss. steht das direkte Gegentheil. Es wäre ja auch unerhört, wenn der Eigenthümer, der sein Grundstück ohne Gewalt besetzt, einer Strafklage unterworfen sein sollte,

[19b]) Das interdictum unde vi ist ihm allerdings deshalb zu versagen, weil er eine besondere Klage hat, und ihm selbst das corpus des Besitzes nicht zusteht.

wenn sich auch in diesem Falle eine Schadensersatzklage aus dem bloßen Besitze rechtfertigen ließe. Daß sich die l. 11 C. unde vi nicht auf diesen Fall bezieht, haben wir schon oben gesehen.

Randa meint S. 189, es liege auf der Hand, daß die eigenmächtige Besitzergreifung (Dejektion) ebenso gut im redlichen als im bösen Glauben erfolgen könne, Bruns führt aus, Besitzentziehung und Störung könne ohne dolus und culpa, ohne Ahnung des Unrechts optima fide erfolgen, Ihering will S. 17 zwar bei einem einzigen, dem interdictum unde vi, die Deliktsnatur zugeben, vergleicht man aber damit die später von ihm gegebene Darstellung des Interdikts, so findet sich, daß gerade bei ihm jede Spur von Delikt und Gewalt verschwunden ist.

Römisch ist diese Verflüchtigung der Gewalt für die Schadensersatzklage aus dem interdictum unde vi überhaupt nicht. Die l. 1 § 14 de vi spricht vom maleficium, § 15 ebenfalls vom maleficium, l. 3 pr. von facinus, l. 15 von dolus und culpa, l. 19 vom Delikt, in l. 27 § 4 de pactis 2. 14 wird das interdictum unde vi zu den Klagen gerechnet, quae turpem causam continent. Wenn die l. 1 §§ 15. 16. 19. 20, l. 4 eodem die Grundsätze der noxae deditio auch auf das interdictum unde vi anwenden, so liegt doch darin nur die Bestätigung, daß die Grundsätze der Pönalklage für dasselbe festgehalten worden sind. [20])

Man darf aber die Schadensersatzklagen und Rückforderungsklagen nicht verwechseln. Die ersteren ertragen überhaupt keine Ausdehnung über die Fälle des dolus und der culpa. Nicht einmal das definitive und absolute Recht wird gegen den bonae fidei possessor durch Deliktsklagen geschützt, wie sollte also der bloße Besitz dazu kommen, dessen Schutz ein beschränkter sein muß? [21]) Die Rückforderungsklagen lassen sich zwar über den Fall der Gewalt ausdehnen, aber selbst sie werden in dieser Ausdehnung nicht gegen den definitiv Berechtigten, den Eigenthümer gegeben. Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung die l. 5 C. unde vi. Nur der invasor locorum wird der gesetzlichen Schadensersatzklage unterworfen; gegen denjenigen, der aus Irrthum oder Nachlässigkeit des Eigenthümers das Grundstück besetzt hat, wird einfach die Restitutionspflicht festgestellt.

---

[20]) Meischeider sagt § 11 S. 49 mit Recht: .... „insbesondere die Zulassung der noxae deditio und die Haftung des Universalsukzessors in Höhe dessen, quod ad eum pervenit, spricht für die Deliktsnatur der vis."

[21]) So sagt auch Randa S. 259: „Es wäre geradezu widersinnig, behaupten zu wollen, daß beispielsweise der gutgläubige Besitzer .... zum Ersatze des Schadens zu verurtheilen sei, während derselbe dem Eigenthümer gegenüber unter gleichen Verhältnissen von jeder Ersatzpflicht frei ist."

Richtig ist allerdings, daß auch der Sukzessor des ersten Okkupanten und der Okkupant eines besitzerlosen Grundstücks sich im schlechten Glauben befinden können. Sie haften aber jedenfalls einer Schadensersatzklage dann nicht, wenn sie definitiv berechtigt sind. Dem Eigenthümer wird es wohl immer noch frei stehen, sein Grundstück ohne Gewalt zurückzunehmen. Es steht daher eine Schadensersatzklage vorläufigen Rechts überhaupt nicht mehr in Frage.

B. Die Pönal- und Schadensersatzklage aus dem definitiven Rechte.

Es ist vollständig genügend, daß der bloße Besitzer gegen Dejektion (interdictum unde vi), gegen zerstörende Einwirkungen auf das Grundstück (interdictum quod vi et clam), aus dem angestellten interdictum uti possidetis gegen jede Einwirkung, also auch gegen den nicht schädigenden Gebrauch geschützt werde. Dieser Schutz erweist sich auch dann als genügend, wenn sich mit dem Besitze das vorläufige Recht zu behalten verbindet. Es wäre sogar ein Widersinn, den Eigenthümer, der die von einem Dritten besessene Sache zurücknimmt, denselben Pönalklagen zu unterwerfen, wie den Unberechtigten. Das Charakteristische des bloßen Besitzesschutzes liegt gerade in der Beschränkung auf bestimmte konkrete Fälle.

Eine ganz andere Frage ist, wie weit der Besitzer, der mit dem Besitze auch das definitive Recht verbindet, gegen Besitzentziehung geschützt wird. Auf ihn ergießt sich ja als den Civilbesitzer, wenn er auch absolut berechtigt ist, die ganze Fülle civilrechtlichen und prätorischen Schutzes. Mit der reivindicatio fordert ferner der absolut Berechtigte seinen ganzen Schaden (omnis causa) zurück. Dabei ist es gleichgültig, ob der Berechtigte den Versuch der Rückkehr gemacht hat oder nicht, ob der Beklagte mit Gewalt besitzt, wenn er nur malae fidei possessor ist, ob sein Besitz vom Kläger unmittelbar herstammt oder nicht, ob er ein noch besessenes oder besitzerloses Grundstück okkupirt hatte. Auch das Recht, sich wieder in den Besitz zu setzen, eine verlorene Sache zurückzunehmen, die vacua possessio absentium, erfreut sich noch der Schutzmittel relativen Rechts, d. h. es wird zwar nicht gegen den Eigenthümer, wohl aber gegen die Unberechtigten geschützt.

Diese Grundsätze hatte das klassische Recht schon früh auf die actio furti angewendet:

> in furti actione jam dudum veteribus legibus definita est, dicentibus: Si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur.

Es giebt neben dem eigentlichen Diebstahl auch eine Unterschlagung der

vom Berechtigten nicht besessenen Sache (conf. l. 41 D. de furtis 47. 2), und auch diese begründet die Pönal- und Schadensersatzklage aus dem furtum.

Dieselben Grundsätze lassen sich auf das definitive aber relative Besitzrecht an einem Grundstücke übertragen.[22]) Der Unberechtigte haftet der Rückforderungs- und Schadensersatzklage des früheren Besitzers auch dann, wenn letzterer den Versuch der Rückkehr nicht gemacht hat, wenn er zwar nicht mit Gewalt aber doch mala fide erworben, wenn er bereits von einem Dritten besitzt, wenn er ein besitzerloses Gundstück okkupirt hat. Doch ist festzuhalten, daß eine Klage vorläufigen Rechts überhaupt nicht in Frage steht.

Die Schadensersatzklage erscheint uns vom Standpunkte der modernen Rechtsanschauung, vermuthlich weil die Grundsätze der Spolienklage die Praxis mehr, als man denkt, beherrschen, fast selbstverständlich. Justinian hat sie jedenfalls in der l. 11 C. unde vi für den Fall der Okkupation eines besitzerlosen Grundstücks zugleich mit der relativen Rückforderungsklage eingeführt. Er schützt auch das Recht, den Besitz eines Grundstücks zurückzunehmen, dessen Besitz man ohne Verlust des definitiven Rechts aufgegeben hatte, mit den Klagen relativen Rechts. Er verordnet, daß ein derartiger Okkupant eines besitzerlosen Grundstücks ebenfalls wie ein Praedo angesehen werden solle, daß auf ihn die allgemeinen Grundsätze der alten Gesetze über die Restitution des Besitzes zur Anwendung kommen sollen; denn die Behauptung sei lächerlich, daß er aus Unwissenheit eine fremde Sache als eigene okkupirt habe. Der Gesetzgeber unterwirft also — man muß wohl annehmen in allen Fällen, in denen eine Rückforderungsklage neu eingeführt ist — den malae fidei possessor der Restitutions- und Schadensersatzklage zugleich. Als interdictum unde vi hat er dies Rechtsmittel überhaupt nicht bezeichnet; auch ist wohl anzunehmen, daß Justinian ein derartiger Gedanke vollständig fern gelegen hat, da er im Anfange des Gesetzes die Anwendbarkeit des interdictum unde vi aus dem richtigen Grunde ausschließt, daß eine gewaltsame Besitzentziehung durch Dejektion nicht vorliege. Die Verpflichtung zur Restitution und zum Schadensersatze soll nur dieselbe sein wie beim interdictum unde vi und bei der reivindicatio, die Bedingungen der Klagen sind aber vollständig verschieden. Es ist unmöglich, einen Nichtbesitzer zu dejiziren (l. 1 § 23 D. de vi), und außerdem haftet der Eigenthümer dieser Klage nicht, indem Justi-

[22]) Auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts ist es festgehalten, daß wenigstens bona fides des Besitzers vorhanden sein müsse.

nian ausdrücklich voraussetzt, daß es sich nicht um ein eigenes Grundstück des Okkupanten handle (quod suum non est).

C. Die Ausdehnung des interd. unde vi auf den Mobiliarbesitz.

Die weiteste Ausdehnung der Schadensersatzklage aus dem interdictum unde vi behauptet Savigny. Wir erwähnen dieselbe erst hier zusätzlich, weil sie weniger den Charakter der Klage betrifft, als die ihr unterliegenden Objekte.

Durch die l. 7 C. unde vi, welche das Verbot der Selbsthülfe enthält, soll die Theorie des interdictum unde vi auf bewegliche Sachen übertragen sein.

Davon steht nun freilich kein Wort im Gesetze selbst, Savigny argumentirt aber dahin: im alten Rechte sei der Besitz der Mobilien durch das interdict. utrubi geschützt gewesen, durch die Gleichstellung dieses Interdikts mit dem interdictum uti possid. sei eine große Lücke entstanden, Valentinian habe in der l. 7 C. unde vi einen Besitzschutz für Mobilien neu eingeführt, und dieses aller Detailbestimmungen entbehrende neue Klagerecht könne nur nach der Theorie des interdictum unde vi beurtheilt werden.

Randa meint nun zwar S. 121 Note 22, daß die Argumentation Savigny's freilich nicht überzeuge — und in der That unterliegt jeder der einzelnen Savigny'schen Sätze den erheblichsten Bedenken, — überzeugendere Gründe haben wir aber auch bei ihm nicht gefunden.

Es ist zunächst unrichtig, daß das interdictum utrubi jemals zum Schutze des vor Erlaß des Interdikts verletzten Besitzes als Schadensersatzklage gedient hat. Es ist wie das interdictum uti possidetis ein Rechtsmittel auf Anerkennung des Besitzes und demnächstigen Schutz desselben, ein interdictum prohibitorium und retinendae possessionis, kein restitutorisches Interdikt, wie das interdictum unde vi. Ganz charakteristisch ist es daher, daß Ulpian in der l. 1 § 6 de vi unter den Schutzmitteln des Mobiliarbesitzers zwar die actio furti und actio vi bonorum raptorum aufführt, nicht aber, was nach der Savigny'schen Ansicht doch am nächsten gelegen hätte, das interdictum utrubi.

Die behauptete große Lücke ist weder für das klassische, noch das justinianische Recht zuzugeben. Bei Mobilien sollte eine Schadensersatzklage nur aus dem Interesse gegeben werden, d. h. aus einem definitiven Rechte oder einer definitiven Verpflichtung. Gerade deshalb haben es die Römer mit solcher Energie betont, daß Niemand aus seiner Unehrlichkeit eine Klage erlangen solle, daß die actio furti und die actio ex lege Aquilia nur dem bonae fidei possessor zustehen sollen. Alle diese

Stellen haben die Kompilatoren in die Pandekten aufgenommen, und gerade Savigny hätte es doch am wenigsten bezweifeln sollen, daß sie noch geltendes Recht sind. Die moderne Rechtsentwicklung ist nicht auf eine Ausdehnung der Schadensersatzklage aus dem bloßen Besitze gerichtet, sondern umgekehrt auf die Beschränkung und Aufhebung derselben. Bei Mobilien wenigstens liegt denn auch gar keine Veranlassung vor, den Schutz über das wirkliche Interesse auszudehnen.

Die Anwendung der Grundsätze des interdictum unde vi auf Mobilien erscheint auch fast als die absolute Unmöglichkeit:

> illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere (l. 1 § 6 de vi).

Wie soll man sich denn die Dejektion von Mobilien denken? Bei ihnen giebt es trotz Savigny nur Raub oder Diebstahl.

Zunächst ist die l. 7 C. unde vi nur für Grundstücke gegeben, wie die Worte: „violenter invaserit, possessionem invasit", zeigen. Der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist analog auf das Mobiliarsachenrecht übertragen, § 1. J. de vi bonorum raptorum. Dabei ist man offenbar von folgender Anschauung geleitet worden. Im Falle der Gewalt und unter der Voraussetzung der früheren Klagerechte wird das Interesse des Benachtheiligten auf den Erwerb des Eigenthums der ihm nicht gehörigen Sache und auf den Werth der ihm gehörigen Sache fixirt. Dieser Grundsatz ist auf die einzelnen Klagerechte angewendet, so unzweifelhaft auf das interdictum unde vi und die actio vi bonorum raptorum (§ 1 J. IV. 2). Ob eine gleiche Anwendung auf die actio furti zulässig ist, erscheint schon im hohen Grade zweifelhaft, da Justinian im ersten Titel des 4. Buches der Institutionen zwar das Interesse, nicht aber den Erwerb des Eigenthums aus dem Diebstahle erwähnt, und das furtum nicht gerade Gewalt voraussetzt. Die Bedingungen der einzelnen Klagerechte sind aber in keiner Weise geändert. Mit der entgegengesetzten Behauptung Savigny's fiele auch das ganze römische Recht ins Bodenlose, da, wie auch letzterer zugiebt, die Bedingungen des Klagerechts in der l. 7 C. unde vi nicht bestimmt sind. Justinian wendet demgemäß die l. 7 cit. in § 1 J. de vi bonorum raptorum 4. 2. gerade auf diese Klage an — und es ist dies der nachweislich einzige Fall, wo mit Rücksicht auf Mobilien der l. 7 C. cit. Erwähnung geschieht —, im § 2 J. l. c. erscheinen aber wieder die Bedingungen des alten Klagerechts (sic ut intersit ejus, eam rem non auferri . . . . vel quod aliud jus, ut intersit ejus non rapi . . . . sive bona fide possideat).

Direkter kann doch die Meinung Savigny's, daß die Schadens-

erſatzklage bei Mobilien auch aus dem bloßen Beſitze gegeben worden ſei, nicht reprobirt werden.

Es würde auch jedenfalls zu weit gehen, wenn der Eigenthümer, welcher dem Diebe die eigene Sache fortnimmt, des Eigenthums zu Gunſten des Diebes verluſtig gehen ſollte.

---

§ 9. Die charakteriſtiſchen Merkmale und Unterſchiede des interdictum uti possidetis und des interdictum unde vi.

A. Der prohibitoriſche Charakter des interdictum uti possid. und der reſtitutoriſche des interdictum unde vi.

Wir werden nunmehr in der Lage ſein, die Unterſchiede der römiſchen Interdikte kurz zu fixiren.

Die moderne Theorie ſpricht weniger von Unterſchieden als von Aehnlichkeiten, und bei Randa findet ſich ſogar ein beſonderes Kapitel, in dem er die gemeinſamen Beſtimmungen der Beſitzſtörungs- und Beſitzentſetzungsklagen behandelt.

Das interdictum uti possidetis ſoll die Klage aus dem vi, clam, precario geſtörten (S. 123), das interdictum unde vi aus dem vi aufgehobenen Beſitze ſein. S. 130.[1]) Schon die Gloſſe ſpricht von einer vis inquietiva und einer vis expulsiva, und Savigny meint bei der Lehre der interdicta retinendae possessionis, daß die gewaltſame Verletzung des Beſitzes den Beſitz ſelbſt nicht aufgehoben haben dürfe (S. 401), bei der Lehre vom interdictum unde vi, daß durch die gewaltſame Handlung der Beſitz verloren ſein müſſe.

Hiernach liegt die Gleichheit beider Interdikte auf der Hand, die ſo ſcharf im römiſchen Recht ausgeprägten Unterſcheidungen derſelben ſind vollſtändig verflüchtigt, das interdictum uti possidetis iſt als das auf die partielle Störung angewendete interdictum unde vi zu bezeichnen, und umgekehrt das interdictum unde vi als das auf die totale Störung angewendete interdictum uti possidetis.

Ganz charakteriſtiſch für die moderne Lehre iſt es, daß gerade diejenige Stelle, auf welche ſich das gemeinrechtliche interdictum uti possi-

[1]) Windſcheid ſagt bei der Lehre vom interdict. uti poss. S. 436: „Aus einer ſolchen Störung entſteht für den Beſitzer ein Anſpruch auf Wiederaufhebung der Störung, ſoweit dieſelbe nämlich fortdauert, und auf Leiſtung des vollen Intereſſe," — bei der Lehre vom interd. unde vi: „Aus der gewaltſamen Beſitzentziehung erwächſt gegen den Verdrängenden ein Anſpruch auf Rückerſtattung des entzogenen Beſitzes und Leiſtung des vollen Intereſſe." — Förſter § 162: „Der Beſitz wird geſchützt gegen Störung und Entſetzung." conf. A.L.R. I. 7 §§ 146 und 150.

detis aufbaut,[2]) ſich in dem Titel de vi et vi armata befindet, l. 11 l. c.:

> vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.

Savigny S. 401 Note 4 bemerkt dazu, daß durch die Stelle, an welcher dies Fragment eingeſchaltet ſei, mehrere Juriſten veranlaßt worden ſeien, es auf das interdictum de vi zu beziehen (conf. auch Randa Note 44 zu § 7. b). Es mag richtig ſein, daß das Geſetz eine allgemeinere Definition der Gewalt und nicht blos der beim interdictum unde vi in Frage kommenden enthält. So ſpricht es unzweifelhaft auch von der Gewalt des interdictum Quod vi aut clam. Aber es liegt nicht die geringſte Veranlaſſung vor, nach dieſem Fragmente den Charakter des interdictum uti poss. zu beſtimmen.

Der herrſchenden Theorie ſtellen wir folgende Theſe entgegen: Das interdictum uti poss. an ſich enthält weder eine Rückforderungsklage, noch eine Klage auf Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes, noch eine Schadenserſatzklage. Es iſt die Klage auf Anerkennung vorhandenen Beſitzes und demnächſtigen Schutz deſſelben. Es wirkt zunächſt nicht reſtitutoriſch.

Das interdictum uti possidetis wird als ein interdictum prohibitorium (l. 1 § 1 D. de interd.), in praesens relatum (§ 2 eodem), retinendae possessionis (l. 2 § 3 eodem), das interdictum unde vi als ein restitutorium, in praeteritum relatum, recuperandae possessionis bezeichnet. Mit dem einen Interdikt klagt man auf Anerkennung des demnächſt zu ſchützenden Beſitzes, mit dem anderen verlangt man Reſtitution und Schadenserſatz wegen der geſchehenen Verletzung. Gerade gegen die bereits geſchehene Gewalt erweiſt ſich das prohibitoriſche Interdikt als kraftlos, l. 2 § 17 ne quid in loco publico 43. 8:

> si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium.

Der Charakter des prohibitoriſchen Interdikts liegt in dem Rechte, zu verbieten und zu verhindern,

> quia interdicere est denuntiare et prohibere (§ 1 J. de interdictis).[3])

---

[2]) Windſcheid § 159 Note 4 bezieht die l. 11 D. de vi ebenfalls auf das interdict. uti poss.

[3]) l. 1 § 12 ne quid in flumine publico 43. 13:

> superius enim prohibitorium est, et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt.

Es wird uns ferner gleichmäßig von Ulpian (l. 1 § 3 D. uti possid.), Gaius (IV. § 148), Justinian (Inst. IV. 15 § 4) bezeugt, daß das interdictum uti possidetis den Streit der Parteien über den Besitz zur Voraussetzung gehabt habe, daß das interdictum und selbst die auf Grund desselben gegebene Klage auf nichts gegangen sei als auf die richterliche Anerkennung des Besitzes und den demnächstigen Schutz desselben. Nach Gaius IV. § 166 wird auch der Richter vom Prätor angewiesen, nur darüber zu befinden, uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possideret. Die Bejahung oder Verneinung dieser Frage durch den judex hatte den Erwerb bezw. den Verlust der stipulirten wie restipulirten Summen zur Folge. Der Richter, welcher vom Prätor aus dem interdictum uti possidetis zu urtheilen angewiesen ist, hat sich nur mit der einen streitigen Frage zu beschäftigen, wer zur Zeit des Erlasses des Interdikts nec vi nec clam nec precario vom Anderen besessen hat. Derjenige, zu dessen Gunsten das Urtheil fällt, soll von nun ab als Besitzer angesehen und geschützt werden. Bei den klassischen Juristen findet sich keine Spur davon, daß das interdictum uti possidetis selbst restitutorische und rekuperatorische Wirkung gehabt habe, vielmehr bekunden Gaius und Ulpian zur Evidenz das Gegentheil. Wenn der Verklagte den Besitz gar nicht bestreitet, so ist die Sache damit, soweit das interdictum uti possidetis in Frage kommt, vollständig vorbei:

si convenit, absolutum est, l. 1 § 3 uti poss.,

während die herrschende Theorie meint, es könne von dem Störer nunmehr erst recht Restitution und Schadenserſatz gefordert werden. Gaius sagt aber ganz ausdrücklich, daß man mit dem interdictum uti possidetis gar nicht den Besitz wieder erlangen könne, daß es ein interdictum prohibitorium und retinendae possessionis sei, daß vielmehr dem Sieger eine besondere Klage auf Restitution des nunmehr anerkannten Besitzes gegeben worden sei, das judicium Cascellianum sive secutorium.[3a]) Savigny nimmt zwar an (S. 399 Note 1), daß Ulpian in einer historischen Erklärung ungenau gewesen sei, Randa (S. 123 Note 48), daß die Motivirung eines Gaius und Ulpian legislativ jedenfalls einseitig gewesen sei; aber es scheint doch sehr verwegen, den römischen Juristen Unkenntniß vorzuwerfen, und zwar in Stellen, die unmittelbar nach der Formel des Interdikts folgen, die also offenbar

[3a]) Das judicium Cascellianum sive secutorium schafft nur dann den Besitz zurück, wenn er bei der fructuum licitatio dem Nichtbesitzer zugesprochen war.

bezwecken, die Kraft und Bedeutung des interdictum uti possidetis klar zu legen.[4])

Wir können daher der Ansicht Randa's und Savigny's nicht beitreten, daß der Anspruch bei der Besitzstörungsklage, also dem römischen interdictum uti possidetis, auf Wiederherstellung des durch die Störung veränderten Besitzstandes, Wiederaufbau der eingerissenen Mauer 2c. gehe.

Ein Quellenzeugniß für diese Behauptung giebt es nicht. Der Prätor befiehlt nur, daß dem Besitzenden keine Gewalt geschehe, er will nur den von ihm vorläufig anerkannten Zustand für die Zukunft aufrecht erhalten. Die l. 2 § 17 und l. 7 ne quid in loco publico entwickeln die Natur der prohibitorischen Interdikte dahin, daß sie der bereits ausgeführten Anlage gegenüber kraftlos sind.[5]) Wenn auf dem von dem Kläger besessenen Grundstück ein Vorbau ohne Widerspruch bereits angelegt ist, so prallt das auf Fortnahme des Vorbaus gerichtete interdictum uti possidetis vollständig ab. Cassius, Labeo, Ulpian sagen in der l. 3 §§ 5. 6 uti possidetis, daß dasselbe für diesen Zweck unbrauchbar sei. Nur demjenigen, der erst bauen will, und zwar innerhalb unsrer Besitzsphäre, setzen wir mit Erfolg das interdictum uti possidetis oder das Privatverbot entgegen, l. 5 § 10 D. de O. N. N.:

> meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione;

l. 3 §§ 1. 2 eodem, l. 6 § 1 si servit. vind. 8. 5.

Wir haben deshalb schon oben darauf hingewiesen, daß Savigny S. 400 Note 5 die l. 14 § 1 und l. 17 pr. si servit. vind. zu Unrecht auf das Interdikt bezieht, die Zurückziehung der sich gesenkt habenden Mauer vermögen wir nur mit der Klage des definitiven Rechts zu fordern, ebenso wie die Fortnahme eines uns schädlichen Baues (l. 6 D. de damno inf.).

Selbst die dem interdictum uti possidetis nachgebildeten Spezialinterdikte gehen nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, auch sie wirken nur prohibitiv und verhindern, daß dem Gehenden, dem das

---

[4]) Meischeider erklärt S. 51: „Daß dieser Meinung (von Gaius und Ulpianus) eine Kenntniß der Vorgänge, welche den Prätor veranlaßt haben, die Interdikte zu geben, oder eine Kenntniß der ersten Rechtsfälle, auf welche die Interdikte Anwendung gefunden haben, zum Grunde liegt, ist nicht glaublich."

[5]) Das interd. de cloacis enthält ein interd. prohib. und restit. In dem ersteren wird die Verhinderung des Kloakenreinigers für die Zukunft verboten, l. 1 pr. l. c., durch das letztere der bereits angelegte Bau beseitigt, l. 1 § 15 eodem.

Wasser durch das fremde Grundstück Führenden u. s. w. in Zukunft Gewalt geschieht:

> qui enim vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non debet de jure suo docere.

Nicht einmal selbst darf der bloße Rechtsbesitzer, dem ein definitives Recht nicht zur Seite steht, die Wiederherstellung vornehmen (neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem), noch viel weniger aber kann der definitiv Unberechtigte vom Gegner eine Wiederherstellung der Straße erzwingen. Zur Evidenz ergiebt sich aber die Richtigkeit unsrer Auffassung aus l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9. 2. Denn wenngleich ein prohibitorisches Interdikt de superficie oder de aqua quotidiana et aestiva aufgestellt ist, macht sich der Eigenthümer, der den ohne definitives Recht (citra servitutem) über sein Grundstück angelegten aquaeductus ohne vorhergehendes Verbot vernichtet, in keiner Weise verantwortlich. Die Wiederherstellung kann eben nur aus dem definitiven Rechte gesucht werden, und gerade deshalb wirkt auch das interdictum de aqua quotidiana et aestiva nur dann restitutorisch, wenn dem Interdiktenkläger das definitive Recht zur Seite stand (l. 1 § 23 l. c., vergl. mit l. 1 § 1).

Noch weniger ist die Ansicht der herrschenden Schule zu billigen, daß das interdictum uti possidetis im Falle eines Verschuldens auch auf Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens gerichtet gewesen sei (Randa S. 256). Eine derartige Behauptung widerspricht dem Wesen eines rein prohibitorischen Interdikts ganz und gar. Auch ist wohl zu berücksichtigen, daß dem interdictum uti possidetis Unberechtigte und Berechtigte unterliegen, denen zwar durch Vertrag oder aus dem Gesetze eine Servitut zusteht, welche aber die Bedingungen der Spezialinterdikte noch nicht erfüllt haben. Es ist unmöglich, den Servitutberechtigten, der zwar nach angestelltem Interdikte vorläufig von der Ausübung seines Rechts Abstand nehmen muß, für die bereits geschehene Ausübung seines Rechts bestrafen zu wollen.

Savigny behandelt zwar als ersten Fall der interdicta retinendae possessionis den, wenn der Besitzer durch die Störung des Besitzes Schaden gehabt habe, welchen er jetzt ersetzt haben wolle, und beruft sich für seine Ansicht darauf, daß dieser erste Fall im Edikt namentlich angegeben sei, und daß insbesondere die Verjährung des Interdiktes für jeden anderen Fall gar keinen Sinn habe (S. 397):

> neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Aber dennoch dürfte die Savigny'sche Ansicht auf ein Mißverständniß

des Edikts zurückzuführen sein. Der Prätor verspricht lediglich für den Fall, daß gegen seinen Befehl gehandelt wird, eine Klage auf das Interesse, l. 3 § 11 uti poss., ähnlich wie auch jetzt im Besitzprozesse dem Beklagten eine Strafe angedroht wird für den Fall, daß er dem Erkenntnisse entgegenhandeln sollte. Diese Klage wird nach römischem Rechte nur innerhalb eines annus utilis von der Handlung gegen das prätorische Verbot an gerechnet gegeben. Das interdictum uti possidetis als ein durch Besitz gedecktes Recht kann gar nicht verjähren.

Hiernach ist es ganz korrekt, wenn die l. 1 C. uti poss., 8. 6, welche nur die an Stelle des Interdikts getretene Klage normirt, eines Schadensersatzanspruches gar nicht erwähnt, und nur durch das Wort „prohibebit" es zum Ausdruck bringt, daß der rector provinciae seine Anordnung auf irgend eine Weise aufrecht zu erhalten habe.[9])

Durch die der herrschenden Theorie entgegenstehenden Bedenken, nach welcher das interdictum uti possidetis zu einem beschränkten interdictum unde vi degradirt wird, läßt sich Ihering zu einer noch gewagteren Auffassung verleiten, der alle Quellenzeugnisse entgegenstehen.

Er meint, daß es nur auf Anerkennung gehe, und zwar auf Anerkennung eines interimistischen Eigenthums. Hieran halten wir ein Doppeltes für unrichtig,

a) daß das Interdikt auf Anerkennung eines interimistischen Eigenthums gehe,

b) daß es nur auf Anerkennung gehe.

a) Ihering führt zunächst aus, interimistisches Eigenthum sei der ursprüngliche Sinn der Vindizienertheilung gewesen, und diese schon in den Vindizien des ältesten Prozesses verwirklichte Idee einer provisorischen Regulirung des Eigenthumsverhältnisses habe den Interdikten das Leben gegeben, der Besitz erscheine also in der That unter dem von ihm aufgestellten Gesichtspunkt: dem eines Vorwerks des Eigenthums, einer Eigenthumsposition (S. 75. 78).

Schon Savigny § 36 S. 391 definirt aber die provisorischen Rechtsmittel mit Recht als solche, deren Entscheidung den Streit nur vorläufig endet, indem eine andere (peremtorische) Untersuchung und Entscheidung derselben Rechtsfrage möglich ist. Ist die Behauptung Ihering's richtig, so hat der Richter bei den Vindizien und den possessorischen Pro-

---

[9]) Randa meint § 7. d Note 55, daß die l. 1 C. uti poss. den Schadensersatz wohl darum nicht erwähne, weil derselbe nicht den Hauptgegenstand, sondern nur einen Nebenpunkt der Klage bilde. U. E. ist die Klage niemals auf Schadensersatz gegangen, und derselbe wird aus diesem Grunde nicht erwähnt.

zessen nicht den Besitz, sondern das Eigenthum der Parteien zu untersuchen, die Grundsätze der Vindikation sind maßgebend, nur die Beweisführung ist erleichtert und summarisch. Man sollte meinen, daß schon die einfache Zergliederung der Ihering'schen Ansicht ihre Unhaltbarkeit darthue, denn auch nach ihm drückt die prinzipielle Ausschließung der Eigenthumsfrage dem Besitz seinen eigenthümlichen Charakter auf, nichtsdestoweniger finden sich die widersprechenden Konsequenzen bei Ihering selbst:

> „Der Vindikationsprozeß bewegt sich über das Eigenthum nicht hinaus, aber der Maßstab, mit dem der Prätor bei Beginn desselben letzteres mißt, ist ein anderer, als der, den später der Richter anlegt; es ist der für den Zweck einer provisorischen Verfügung ausreichende Primafacie-Beweis gegenüber dem zum Zwecke der definitiven Entscheidung nöthigen erschöpfenden."

Es ist also zu konstatiren, daß Ihering in der That für die Vindizien und den Possessorienprozeß den Primafacie-Beweis des Eigenthums fordert, trotzdem die Eigenthumsfrage prinzipiell ausgeschlossen sein soll.

Aber weder bei den Vindizien noch beim Possessorienprozeß hat der Richter die Bedingungen des Eigenthums seinem Urtheil zu unterziehen, nicht blos die Beweisart, sondern der Beweissatz ist ein ganz verschiedener. Bei Gaius IV. § 16 heißt es:

> Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat. [7])

Die Vindizien sind also eine provisorische Entscheidung derselben Rechtsfrage, die das interdictum uti possidetis endgültig entscheidet, und nehmen zu ihm dieselbe Stellung ein wie das gemeinrechtliche possessorium summariissimum. [8]) Die Stelle bei Livius III. 44: „interim dominum sequi ancillam aequum esse" bedeutet nicht, daß der Prätor zuerst die Eigenthumsfrage untersuchen, sondern daß der blos faktische Eigenthümer das Eigenthumsrecht vorläufig weiter ausüben solle.

In der Formel jedes possessorischen Interdikts wird der Richter angewiesen, nicht danach zu forschen, wer berechtigt sei, sondern wer nicht vi, clam, precario vom Anderen besitzt, bei jedem Interdikt wird von

---

[7]) Ihering S. 72 Note 68 läßt bei dem Zitate aus Gaius das entscheidende Wort „interim" fort. Savigny S. 522 Note 3 faßt allerdings die Vindizien ebenfalls als provisorische Vindikation auf, so daß sie eine provisorische Entscheidung der Eigenthumsfrage enthalten.

[8]) Dies ist auch die Auffassung Savigny's vom possessorium summariissimum; S. 524 nennt er es ein provisorisches int. uti possidetis.

den römiſchen Kommentatoren auf dieſe Eigenthümlichkeit des Poſſeſſorienprozeſſes hingewieſen:

l. 1 § 2 D. uti possidetis:
hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; l. 2 eodem.

l. 1 § 1 de superf.:
quia et incertum, an locati existeret, § 2: neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat,

l. 1 § 13 de itinere: non debet de jure suo docere,

l. 1 § 10 de aqua quotid:
sed et si jure aqua non debetur alicui ....

l. 1 § 9 de rivis: hoc interdictum competit etiam ei, qui jus aquae ducendae non habet.

l. 1 § 7 de cloacis, l. 1 § 3 Quod vi et clam, l. 12 § 1 de poss., l. 4 § 26 de usurp.

Cicero pro Caecina § 104:
multo etiam minus quaeri, utrum A. Caecinae fundus sit necne.[9])

Vindikation auf der einen Seite, Interdikt und Vindizien auf der anderen Seite behandeln ganz verſchiedene Rechtsfragen: die eine entſcheidet definitives und abſolutes Recht, die letzteren vorläufiges Recht. Sämmtliche Rechtsmittel verfolgen zwar denſelben Zweck, Verſchaffung des Beſitzes. Es iſt aber offenbar, daß man zu einer Vorentſcheidung auf doppelte Weiſe gelangen kann:

1) daß man dieſelbe Rechtsfrage in einem ſummariſchen und ordentlichen Verfahren behandelt, indem im erſteren nur beſondere Regeln über Verfahren und Beweis gelten,[10])
2) daß das vorläufige Recht auf ein ganz anderes Fundament, auf das Weniger der Bedingungen geſtellt wird.

Im erſteren Sinne ſprechen wir von einem proviſoriſchen Rechtsmittel, im zweiten von der Konſtruktion eines ſelbſtſtändigen, wenn auch vorläufigen Rechts.[11]) Daß der Prätor bei der Ausbildung der Inter-

[9]) § 4 J. de interdictis: etiamsi ejus res non sit.

[10]) Hieraus ergiebt ſich, daß wenn die Vindizien wirklich eine proviſoriſche Regulirung der Eigenthumsfrage enthalten, die Ableitung der Interdikte aus ihnen erſt recht unmöglich iſt.

[11]) Selbſt Savigny, deſſen richtige Definition des proviſoriſchen Rechtsmittels wir an die Spitze unſrer Unterſuchung geſtellt haben, verwechſelt proviſoriſches Rechtsmittel und vorläufiges Recht. Gleich nachdem er die Definition des erſteren gegeben hat, bemerkt er: „So iſt z. B. bei der missio heredis scripti aus einem ſcheinbar gültigen Teſtament das Erbrecht des Klägers ganz eigentlich das, was unterſucht und entſchieden wird: aber derſelbe Punkt kann nachher bei der hereditatis petitio

dikte den ersteren Weg nicht eingeschlagen hat, ist gegenwärtig fast allgemein anerkannt. Savigny S. 381 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß nach der Darstellung des Gaius von einem summarischen Verfahren im Interdiktenprozesse keine Rede gewesen sein könne, vielmehr stellte der Prätor Besitz und Eigenthum auf ganz andere Bedingungen und riß sie dadurch auseinander, l. 1 § 2 D. uti possid. Die Interdikte enthalten eine endgültige, keine provisorische Entscheidung über das vorläufige Recht, die Vindizien eine provisorische Entscheidung über das vorläufige Recht, und daher behandelt derselbe Gaius Vindizien und Interdikte nebeneinander. Beide haben mit der Entscheidung über das definitive Recht nichts zu thun.

Es ist daher auch nicht richtig, daß die possessorischen Interdikte in einer nothwendigen Beziehung zum Eigenthumsstreit stehen. Selbst das provisorische Rechtsmittel läßt sich ganz selbstständig konstruiren, und wenn es sich auch nicht läugnen läßt, daß das römische Recht eine Vindizienertheilung nur beim Eigenthumsprozesse kennt,[12]) so ist auch hier die Trennung im possessorium summariissimum des Mittelalters durchgeführt. Bei den Interdikten ist es aber vollständig unerheblich, ob die Eigenthumsklage angestellt ist oder nicht, die Parteien können sich bei der Entscheidung im Prozesse über das vorläufige Recht beruhigen, können aber selbstverständlich auch die Klage des definitiven Rechts anstellen. Freilich werden die Parteien dahin zu sehen haben, ob sie nicht mit einem Interdikt durchzudringen vermögen, denn dadurch sichern sie sich das vorläufige und vermuthete Recht zu behalten und können die Klage des definitiven Rechts erwarten. Nur daher kommt es, daß das interdictum uti possidetis in der Regel beim Eigenthumsprozesse erwähnt wird; alle, auch die von Ihering zitirten Stellen betonen es aber ausdrücklich, daß es eine selbstständige Entscheidung enthält.

Ihering nennt ferner das interdictum uti possidetis eine Präjudizialklage über den Besitz. Er wirft es S. 93 der herrschenden Theorie vor, daß sie auch dem praktischen Bedürfniß nicht gerecht werde, denn letzteres erfordere einmal unweigerlich die Eröffnung des Rechtsweges

Gegenstand der Untersuchung sein." — Bei der missio heredis scripti wird aber das wirkliche Erbrecht überhaupt keiner Untersuchung unterzogen, sondern nur die formellen Erfordernisse des Testaments. Die Verwechselung kommt wohl daher, daß Savigny grundsätzlich keine vorläufigen Forderungsrechte anerkennen will. — Nur wenn man im Wechselprozeß dieselben Einreden zuläßt wie im separatum, ist dieser ein provisorisches Rechtsmittel; verlangt man für ihn andere materielle Bedingungen und schneidet gewisse Einreden ganz ab, so schafft man ein vorläufiges Recht.

[12]) S. 73 sagt Ihering über die Vindizien: „Das Possessorium, um in heutiger Sprache zu reden, bildet hier ein integrirendes Moment des Petitoriums."

über die controversia de possessione, die Möglichkeit, das zwischen zwei Parteien streitige, aber von keiner derselben thatsächlich gestörte Besitzverhältniß zur richterlichen Entscheidung zu bringen, kurz eine Präjudizialklage.

Mit dieser Behauptung hat er soviel Beifall gefunden, daß auch die Anhänger der Savigny'schen Schule neben die Deliktsklage eine präjudizielle Besitzklage einschieben. So bemerkt Randa S. 173:

„Nach den Grundsätzen des österreichischen Prozeßrechts waltet m. E. gegen die Zulässigkeit von Präjudizialklagen überhaupt und insbesondere der präjudizialen Besitzklage kein Anstand ob." [13])

In der That hat aber Ihering die Besitztheorie nur durch eine nicht gerade klare Vorstellung bereichert. Denn was sollen wir uns unter einer Präjudizialklage vorstellen? Ihering scheint anzunehmen, eine Klage, die keine thatsächliche Störung, sondern nur ein Bestreiten des Rechts voraussetzt. Wir haben schon oben gesehen, daß der Erlaß des interdictum uti possidetis eine geschehene Gewalt nicht zur Voraussetzung gehabt habe, und werden darauf noch einmal unten zurückkommen.

Will man aber darum das interdictum uti possidetis eine Präjudizialklage nennen, so wird nichts übrig bleiben, als eine jede Klage so zu bezeichnen. Man kann überhaupt nicht sagen, daß ein bonae fidei possessor das Eigenthum der Gegenpartei thatsächlich verletze, er übt thatsächlich nur das ihm zustehende Recht aus der bonae fidei possessio aus und will nur deshalb nicht herausgeben, weil er das Eigenthumsrecht des Klägers bestreitet. Ihering hält es für den Hauptfall der präjudiziellen Besitzklage, wenn eine Sache unter einer Bedingung tradirt ist, l. 38 § 1 de poss., oder wenn zwei Personen über den Besitz einer in der Detention eines Dritten befindlichen Sache streiten. Gerade diese Fälle sind aber bei der Eigenthumsklage erst recht denkbar, und es ist nicht recht einzusehen, wie Ihering S. 95 zu der Behauptung kommt, die präjudizielle reivind. sei im neuern Recht, seitdem sie ein judicium simplex geworden und auf die Voraussetzung des Besitzes in der Person des Beklagten gestellt worden, hinweggefallen. Negatoria und Konfessoria können bereits angestellt werden, wenn auch nur die Freiheit des Eigenthums oder die Existenz des Rechts bestritten wird. [14]) Es giebt kaum

---

[13]) Windscheid § 159 S. 439: „Streiten zwei Parteien um den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine Klage auf Schutz im Besitze mehr, sondern eine gewöhnliche Anerkennungsklage (Präjudizialklage)."

[14]) Aus diesem Grunde spricht Windscheid im § 198 Note 9 von der Präjudizialnatur der Negatorienklage.

eine Klage, die nicht in diesem Sinne eine präjudizielle genannt werden könnte, und somit hat die Erkenntniß der Natur des römischen Interdikts durch die Ihering'sche Behauptung wenig gewonnen.

Unter einer Präjudizialentscheidung versteht man aber auch ein Erkenntniß, welches lediglich für künftige Prozesse eine Streitfrage rechtskräftig entscheidet, selbst aber nicht vollstreckbar ist.[15]) In diesem Sinne präjudiziell sind z. B. die Entscheidungen über die allgemeine Verpflichtung zu einer dauernden Leistung, über die Erbesqualität, über Statusverhältnisse u. s. w. In keiner Beziehung kann aber das interdictum uti possidetis als Präjudizialklage in diesem Sinne bezeichnet werden.

Es stellt für den Eigenthumsprozeß keine Rechtsfrage bereits präjudiziell fest, da sich der erstere überhaupt mit einer ganz anderen rechtlichen Frage beschäftigt, ob sich mit dem Besitze das definitive Recht verbindet, eine Frage, die im Besitzprozesse vollständig ausgeschlossen ist. Man kann nur behaupten, daß die Entscheidung in possessorio auf die Entscheidung in petitorio insofern von Einfluß sei, als gegen den Sieger in possessorio das definitive Recht zu erweisen ist (ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur, l. 1 C. de interd. 8. 3). Dies kommt aber lediglich daher, weil es eben die Aufgabe des interdictum uti possidetis ist, das vorläufige und vermuthete Recht festzustellen, und jede Entscheidung jus inter partes macht, so daß sie zwischen ihnen überall zur Geltung kommen muß. In dieser Weise ist aber jede Entscheidung präjudiziell.

Noch weniger ist es richtig, daß man mit dem interdictum uti possidetis nur die Anerkennung des Besitzes erreicht habe, daß es sich um ein selbst nicht vollstreckbares Urtheil handle. Dann wäre allerdings der Befehl des Prätors, wie Julian in der l. 7 D. ne quid in loco public. sagt, ein leerer und trügerischer. In dieser Weise konnte der römische Prätor nicht verfahren. Er gab aus dem ohne Widerspruch

[15]) Wie die beiden total verschiedenen Auffassungen unterschiedslos in einander übergehen, ergeben die Aeußerungen von Bruns § 1 S. 5: „Die Frage ist ganz allgemein, ob überhaupt bei allen rechtlichen oder faktischen Zuständen bloße Präjudizialklagen über ihr Dasein zulässig sind, sobald die Parteien ein Interesse haben, sie selbstständig entschieden zu sehen, oder ob der wirkliche Prozeß der Regel nach nur für die reale Durchsetzung der Rechte zugelassen ist, also (?) nur wenn der Gegner das Recht des Klägers reell in Abrede stellt ...." Es werden verwechselt reale Störung (Bedingung des Klagerechts), reale Folgen des Erkenntnisses. Auch die Klagen, die eine reale Störung nicht voraussetzen, können reale Folgen haben, abgesehen von den im Texte angegebenen Beispielen, Vindikation, Negatoria, Konfessoria, z. B. die Mandatskündigungsklage.

erlassenen Interdikt oder aus der auf Grund desselben durchgeführten Klage eine actio auf Schadenersatz, wenn gegen den Befehl gehandelt wurde.

Ueberhaupt wurde der Sieger, mochte er die Entscheidung auf Grund des Anerkenntnisses oder der Kontumaz des Verklagten oder in Folge des Erkenntnisses erstritten haben, zum Besitzer konstituirt, l. 1 § 3 uti possidetis:

> si convenit, absolutum est, ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur.

Gaius IV. § 170:

> tamen per interdictum secundarium possessio in adversarium transfertur.

Nunmehr stand ihm jedes possessorische Interdikt zu Gebote, das interdictum unde vi im Falle der Dejektion und der gewaltsamen Hinderung des Gebrauchs, das interdictum Quod vi aut clam, weil der Verklagte, trotzdem er unter Beihülfe des Prätors verhindert war, gehandelt hatte, endlich wohl das generelle Interdikt des Titels 4 des 43sten Buches, weil der Kläger nunmehr als ein durch den Prätor Besitzender angesehen werden mußte, l. 1 § 2 ne vis fiat ei, qui 43. 4:

> est autem generale hoc edictum, pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a Praetore missi sunt.

Mit der actio aus dem durchgeführten Interdikt konnte man Schadensersatz und jedenfalls auch die Fortnahme des gegen das prätorische Gebot angelegten Baues erzwingen:

> et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum Quod vi aut clam, aut Uti possidetis uti, l. 5 § 10 de O.N.N. [16])

Im modernen Rechte wird der anerkannte Besitz durch fiskalische Geldstrafen geschützt.

Mit Einem Worte: das interdictum uti possidetis funktionirt auch nicht insofern rein als Präjudizialklage, als es nur eine für andere Prozesse präjudizielle, selbst nicht vollstreckbare Entscheidung herbeiführt: es ist vielmehr eine Klage auf Anerkennung des vorläufigen, vermutheten Rechts und demnächstigen realen Schutz desselben: [17])

---

[16]) Bruns S. 57 bezieht die Formel des Interdikts: neque pluris quam quanti res erit .... agere permittam und l. 3 § 11 uti poss. (wir meinen allerdings zu Unrecht) nur auf das judicium secutorium sive Cascellianum.

[17]) Ihering scheint also insofern Recht zu haben, als er es der Savigny'schen Schule gegenüber hervorhebt, daß das interd. uti poss. auf Anerkennung des Besitzes geht, insofern aber Unrecht, als er die realen Folgen dieser Anerkennungsklage übersieht, die sie fast mit jeder Klage auf Anerkennung eines Rechts gemein hat.

hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, l. 1 § 4 uti possid.[18]) Dagegen ist das interdictum unde vi eine Klage auf Wiederherstellung des Besitzes; es wird durch das interdictum Quod vi aut clam dahin ergänzt, daß auch eine Wiederherstellung des früheren Zustandes stattzufinden hat; es ist endlich eine Schadensersatzklage aus der vor dem prätorischen Verbote erfolgten Verletzung.

B. Die Zweiseitigkeit des interdictum uti possidetis und die Einseitigkeit des interdictum unde vi.

Das interdictum uti poss. wird von den Römern als ein duplex bezeichnet, Gaius 4 § 160, l. 37 § 1 de O. et A., § 7 J. de interd., l. 2 pr. de interd., l. 3 § 1 uti poss., das interdictum unde vi zählt zu den restitutorischen und einseitigen Interdikten. Trotzdem erscheint in der modernen Literatur das interd. uti poss. als die einseitigste Klage wegen Störung im Besitze und ist jedenfalls ebenso einseitig, wie die Klage aus der Entsetzung. Die Theorie windet sich hin und her, um trotz dieses nicht zu bestreitenden Umstandes dem Interdikt den Charakter der Duplizität zu retten, ohne das Ziel irgendwie zu erreichen.

Savigny hält es S. 403 für eine Folge der Duplizität, daß jeder der streitenden Theile die Klage anstellen, oder als Kläger auftreten könne, wenn er sie auch, wie in Note 4 bemerkt wird, unter Umständen verlieren müsse. Es ist zwar eine unbestreitbare, aber nicht gerade tiefe Wahrheit, daß jeder Unberechtigte, also auch ein Verklagter, der es auf die Abweisung ankommen lassen will, eine unbegründete Klage oder Widerklage anstellen kann, wenn aber darin der Charakter der Duplizität liegen soll, so wird es wohl keine Klage mehr geben, die nicht duplex wäre.

Die wichtigste praktische Folge der Duplizität soll es ferner sein, daß der Kläger ebenso wohl als der Beklagte kondemnirt werden könne, S. 404. Dieser Ansicht ist auch Randa S. 128:

---

[18]) Man behauptet ganz allgemein und so auch Windscheid § 159 S. 437 Note 3, daß zwar im klassischen Rechte ein Anspruch auf Leistung des Interesse nur wegen der nach ertheiltem Interdikte verübten Störung begründet gewesen sei, daß dies aber im Justinianischen Recht mit dem Interdiktenverfahren selbst weggefallen sei. — Dabei wird übersehen, daß das Verfahren mit der Frage auch nicht das Geringste zu thun hat, ob eine Schadensersatz- oder Pönalklage wegen der vor oder nach ertheiltem Interdikt verübten Störung gegeben wird. Das interd. unde vi ist eine Schadensersatz- und Pönalklage aus der vor Erlaß des Interdikts geschehenen Verletzung, und dennoch findet auf dasselbe das Interdiktenverfahren Anwendung. — Man hat einfach das interd. uti poss. dem interd. unde vi gleichgestellt; dies läßt sich aber überhaupt nicht rechtfertigen und am wenigsten aus den Vorschriften über die Aenderung des Verfahrens.

„Das Interdikt ist ein interdictum duplex; beide Theile sind gleichmäßig als Kläger und Beklagte anzusehen, und kann daher auch der Beklagte durch seinen Rechtsstreit den Besitz wieder erlangen, welcher ihm die Gegenpartei vitioser Weise entriß. Unter dieser Voraussetzung kann also sogar der Vertriebene als Kläger auftreten, und hat das Interdikt alsdann rekuperatorische Wirkung."

Was aber hat die rekuperatorische Wirkung eines Rechtsmittels mit der Duplizität desselben zu schaffen, bleibt das interdictum uti possidetis mit rekuperatorischer Wirkung, möge man es nur als Rekonvention des Verklagten zulassen, wie Savigny, oder auch als Konvention des Klägers, wie Randa, nicht die einseitigste Klage, wird die Klage des Unberechtigten dadurch wirklich zu einem judicium duplex, daß der Berechtigte ihr gegenüber die Rekonvention anstellt und gewinnt? Was aber die herrschende Theorie sagen will, scheint uns Folgendes zu sein:

Mit dem interdictum uti possidetis siegt sowohl der Besitzer, nämlich wenn er nicht vi, clam, precario vom Gegner besitzt, wie der Nichtbesitzer, wenn der Gegner von ihm vi, clam, precario besitzt, es ist darum ein duplex, weil es je nach den verschiedenen Fällen ein interdictum retin. poss. oder ein interdictum recuperand. poss. ist. [19])

Aber schon die schärfere Präzisirung der herrschenden Meinung zeigt, daß sie nicht bloß der eigenen Besitztheorie im hohen Grade gefährlich ist, sondern daß sie auch in ihrem Grundgedanken für verfehlt angesehen werden muß. Gaius sagt nicht etwa, daß das Interdikt in den verschiedenen Anwendungen prohibitorisch und rekuperatorisch wirke, sondern daß dasselbe zwischen denselben Parteien erlassene Interdikt ein judicium duplex sei, daß in demselben Verfahren jeder die Rolle des Klägers und des Verklagten spielen müsse:

ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur.

Sodann ist es überhaupt unrichtig, daß das interdictum uti poss. je ein interdictum recuperandae poss. gewesen ist. Die Erscheinung derartiger widerspruchsvoller Erklärungen der Duplizität dürfte aber an sich nicht

---

[19]) So sagt Savigny S. 403 Note 4:

„Der Unterschied von der rei vindicatio ist der, daß bei dem Eigenthum Eine feststehende, im voraus erkennbare Qualität dem Kläger als Bedingung vorgeschrieben ist, nämlich Nichtbesitz: bei unsern int. retin. poss. kommt gar keine solche Qualität vor, und darum eben sind sie duplicia." —

Dies kann doch kaum etwas Anderes heißen, als daß Besitzer und Nichtbesitzer das interd. uti poss. anstellen können.

wunderbar sein, denn wenn man das interd. uti possid. zum einseitigsten interd. unde vi degradirt, kann es nicht auffallen, daß der Charakter der Duplizität in keiner Weise zu wahren ist.[20])

Das interdictum uti poss. ist aber aus folgenden Gründen ein judicium duplex:

a) weil der Beklagte sich nur durch die Anspruchnahme eigenen Besitzes, eines eigenen Interdikts oder durch die Behauptung des von ihm stammenden fehlerhaften Besitzes des Klägers vertheidigen konnte,
b) weil jede Partei den Nachweis ihrer Behauptung zu führen hatte, für keine die Rechtsvermuthung sprach, und insofern jede als Kläger und Beklagter zu fungiren hatte.

Ein derartiger Widerspruch war beim römischen interdictum uti poss. undenkbar, daß der Kläger selbst nicht besitze, oder daß er, Verklagter, den Besitz des Klägers nicht gestört habe.[21]) Denn einmal durfte der Verklagte den durch Vermittlung des Prätors sich in Besitz setzenden Kläger ohne Grund hierin nicht verhindern, zweitens handelte es sich überhaupt nicht darum, ob der Besitz bereits verletzt war, sondern darum, ob der Verklagte von jetzt ab den Besitz dem Kläger überlassen und den anerkannten Besitz für die Zukunft respektiren wollte, oder ob er ihn für sich in Anspruch nahm und ein Gleiches vom Kläger verlangte. Beklagter konnte aber dem Kläger zunächst die Behauptung vollständigen eigenen Besitzes entgegenstellen. Dann stand die Behauptung des Besitzes der gegentheiligen Behauptung des Besitzes gegenüber, indem die Parteien sich gegenseitig die weiteren Besitzhandlungen durch den Prätor untersagten, thaten sie bereits einander Gewalt an[22]), und dann ver-

---

[20]) Windscheid, welcher die s. g. rekuperatorische Wirkung des interd. uti possid. bestreitet, scheint in der bloßen Möglichkeit der Rekonvention den Charakter der Duplizität zu erblicken, § 159 S. 438:

„Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, wie der Gegner es thut."

conf. auch S. 439 Note 9.

[21]) Meischeider sagt S. 437:

„Bestritt der Verklagte den Besitz des Klägers, ohne selbst Besitz anzusprechen, so wurde das interd. primarium, formell zweiseitig, materiell mit einseitiger Wirkung ertheilt." —

Ein derartiges Interdikt kennen die römischen Rechtsquellen nicht. Es liegt u. E. eine Verwechselung mit der actio vor, welche auf Grund des anerkannten oder gerichtlich festgestellten Besitzes gegeben wurde.

[22]) Der Prätor erzwang sogar diese Art von Gewalt durch das interdictum

weiſt der Prätor ſie auf dies Interdikt, um auf Grund deſſelben die Sache zum Austrage zu bringen[23]),

> sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur, l. 1 § 3 D. uti possid.

Beide Parteien haben dann ſelbſtverſtändlich die Beſitzhandlungen, aus denen ſie Beſitz herleiten, zu beweiſen.[24])

Der Beklagte konnte ſich freilich auch auf unvollſtändigen Beſitz berufen. Aber auch dieſen hatte er zu erweiſen, und damit konnte er keine Abweiſung der Klage, ſondern nur die Wirkung erzielen, daß dem Kläger, ſoweit ſein unvollſtändiger nicht vi, clam, precario erworbener Beſitz reichte, das Interdikt inutil war.

Auch war es denkbar, daß der Beklagte ein Spezialinterdikt entgegenſtellte, mit der Wirkung, daß er die Bedingungen deſſelben zu erweiſen hatte, und das interdictum uti poss. in dem Umfange des Spezialinterdikts ſeine Kraft verlor.[25])

Endlich war aber eine dahin gehende Behauptung des Beklagten möglich, daß der Beſitz des Klägers fehlerhaft von ihm herſtamme. In der Regel wird er dann das interdictum unde vi gewählt haben, und über dies wird zunächſt verhandelt worden ſein. l. 37 D. de jud. 5. 1; l. 5 D. ad leg. Jul. 48. 6. Aber auch wenn er ſich auf die exceptio beſchränkte, blieb er in materieller Beziehung Kläger, da er den Nachweis ſeiner Behauptung zu führen hatte.

---

secutorium, indem er im Falle der Kontumaz den Beſitz auf den Kläger übertrug, oder ihn als anerkannt feſtſtellte. Gaius IV § 170:

> quorum vis ac potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, velut qui vim non faciat . . . . sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat.

In dem Verbieten fremder Beſitzhandlungen und dem Anſprechen eigenen Beſitzes lag bereits das „vim facere", l. 20 pr. § 1 Quod vi aut clam. Beim interdictum uti poss. erfolgte dies Verbot durch Vermittlung des Prätors.

[23]) Auch das doppelſeitige interdict. de aqua aestiva ſetzt einen Streit über den Beſitz voraus, l. 1 § 26 de aqua aestiva 43. 20. Die Sponſion wurde dahin gefaßt:

> nisi adversus edictum praetoris possidentibus nobis vis facta esset. Gaius IV § 166.

In dem gegenſeitigen Verbote lag die gegenſeitige Gewalt.

[24]) uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possideret.

[25]) Wir haben ſchon oben geſehen, daß der Rechtsbeſitzer dem interdict. uti poss. ebenfalls ſein eigenes Interdikt entgegenſetzen mußte. Dadurch wurde zwar das interdictum uti possid. des vollſtändigen Beſitzers nicht aufgehoben, ſeine Wirkung wurde aber inſofern gelähmt, als der Rechtsbeſitz vorläufig geduldet werden mußte.

Für das interdictum uti poss. giebt es daher keine negative Litiskontestation, sondern nur Widerklage oder exceptio.

Vertheidigte sich der Beklagte nicht in der angegebenen Weise, so galt der Besitz des Klägers für ausdrücklich oder für in contumaciam anerkannt. l. 1 § 3 D. uti poss. Gaius IV. § 170.

Wurden nun von beiden Parteien Besitzhandlungen nachgewiesen, die sie beide als gegenwärtige Besitzer erscheinen ließen, und konnte auch keine Partei darthun, daß die Besitzhandlungen der anderen Partei ihr gegenüber gewaltsam oder heimlich vorgenommen worden seien, so war der Streit im Possessorienprozeß nicht zu entscheiden, l. 3 pr. D. uti poss.[26]) Führte keine den Beweis ihres Besitzes — dies dürfte aber sehr selten vorgekommen sein, da die Voraussetzung wäre, daß beide Parteien Besitz angesprochen hätten, ohne ihn zu haben, und daß keine den Versuch gemacht hätte, sich ihn faktisch anzueignen — so dürfte das Resultat dasselbe gewesen sein, denn wenn man auch sagen könnte, daß Kläger den Besitz durch den Prätor zunächst angesprochen habe, so hatte doch der Verklagte dem Interdikt sofort widersprochen und den Besitz für sich gefordert, so daß die thatsächliche Stellung der Parteien zu einander die gleiche war.

Die Duplizität des Interdikts ist aber nicht etwa eine römische Eigenthümlichkeit, sondern liegt mit Nothwendigkeit in den realen Verhältnissen begründet. Es kann Niemand bloß auf seine Behauptung richterliche Anerkennung verlangen, sondern den bestrittenen Besitz hat ein Jeder, möge er Kläger oder Verklagter sein, zu erweisen. Nur wenn dieser nachgewiesen ist[27]), verbindet sich mit ihm das vermuthete Recht, und erst dann beginnt die Ungleichheit der Parteien, indem Kläger gegen die Rechtsvermuthung aus dem Besitze die Beweislast zu übernehmen hat.

---

[26]) Das kanonische Recht begnügt sich mit diesem Resultate nicht, sondern läßt, um trotzdem eine Entscheidung herbeizuführen, Entscheidungsgründe für das definitive Recht zu, was bei seiner eigenthümlichen Verbindung zwischen possessorium und petitorium nicht gerade Wunder nehmen kann:

> nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus, uti possidetis, ita possideatis; quum probationes ecclesiae longe sint potiores . . . . cap. 9 X de prob. 2. 19.

Im preußischen Rechte ist das Ermessen des Richters gemäß der §§ 155 seq. A.L.R. I. 7 entscheidend.

[27]) Wo also der Besitz unentschieden bleibt oder als gemeinschaftlicher in Betracht kommt, bewahrt auch der Prozeß über das definitive Recht den Charakter der Duplizität, l. 10 fin. reg. 10. 1:

> Iudicium comm. div. fam. erc. fin. reg. tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant: agentis, et ejus cum quo agitur.

Daher sagt Ulpian in der l. 1 § 4 uti possidet. mit vollem Rechte:

> retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio, aut interdictum;

denn wenn auch der Klage gegenüber, mit welcher der Besitz angegriffen wird, das Bestreiten genügt, so ist dem Interdiktenkläger, der den Besitz bestreitet, das Interdikt mit der Behauptung und dem Nachweise des Besitzes oder des fehlerhaften gegnerischen Besitzes entgegenzustellen.

Da also das interdictum uti possidetis auf Anerkennung des vorläufigen und vermutheten Rechts zu behalten geht, ist es in der That ein judicium duplex; das interdictum unde vi als Pönal- und Restitutionsklage aus der geschehenen Verletzung, welches den bestehenden Besitz bekämpft, ist stets ein simplex.

C. Kläger und Verklagter beim interd. uti poss. und interd. unde vi.

Wie die beiden römischen Interdikte ihrer Natur nach und folgeweise auch im Klageantrage sich unterscheiden, so sind auch ihre Bedingungen vollständig verschieden.

Wir haben bereits gesehen, daß das interdict uti poss., da es das vollständige Recht vorläufig zu behalten, das definitive aber relative und das vermuthete Recht festzustellen hat, stets vollständigen gegenwärtigen Besitz voraussetzt. Das interdictum unde vi hat jeder natürliche Besitzer. Das interdict. uti possid. ist ein Rechtsmittel des Besitzers; das interdictum unde vi ist ein Rechtsmittel allein des Nichtbesitzers und stellt den aufgehobenen Besitz wieder her.

Noch schärfer ist es zu bekämpfen, wenn die Bedingungen beider Interdikte auf Seiten des Verklagten für identisch gesetzt werden. Bei Savigny erscheint ja, wie wir oben bereits ausgeführt haben, das interdictum unde vi als das aus der totalen Störung, das interdictum uti poss. als das aus der partiellen Störung fließende einseitige Interdikt. Dieser Auffassung stellen wir den Satz entgegen, daß das interdictum uti possid. eine geschehene Gewalt nicht voraussetzt, sondern nur die Verhütung der Gewalt bezweckt. Die herrschende Theorie scheint uns Veranlassung des Interdikts und Zweck desselben zu verwechseln.[28]) Schon Savigny ist es unmöglich gewesen, seinen Standpunkt aufrecht zu erhalten. Er läßt die interdicta ret. poss. auch dann zu, wenn eine

[28]) Diese Verwechselung springt so recht bei der die Theorie lebhaft bewegenden Frage in's Auge, ob auch Drohungen und Bestreiten als Besitzstörung angesehen werden können. Bedrohungen und Bestreiten können Veranlassung der Anstellung des Interdikts sein; dagegen kann man Niemand das Sprechen mit dem Interdikt verbieten.

zukünftige Störung des Besitzes zu fürchten ist, gegen welche der Besitzer geschützt sein will, wenn der Prozeß über das Eigenthum durch die vorläufige Untersuchung des Besitzstandes regulirt werden soll, sollte auch gar keine gewaltsame Störung des Besitzes vorgefallen oder zu erwarten sein, S. 396. Für den letzten Fall wird zwar die angeblich ganz unschuldige Fiktion aufgestellt, als ob dabei Thätlichkeiten verübt werden sollten, in Wahrheit ist aber damit bereits die Ihering'sche Präjudizialklage über den Besitz anerkannt.

Bruns erklärt zwar § 8 S. 61 offen:

„Man sieht, die Begründung der Klage durch vis ist in der Praxis reiner Schein und Täuschung,"

nichtsdestoweniger hält er diesen Schein und diese Täuschung zur Begründung des interdict. uti possid. für so wesentlich, daß der Prätor zur Vornahme der vis zwingt und eine besondere vis ex conventu erfunden wird, die weder Gaius noch die Pandekten beim interdict. uti possid. erwähnen.

Es wird nun gestritten, ob eine thatsächliche Turbation oder nur die Bestreitung des Besitzes nothwendig sei, ob bei der Turbation die Absicht darauf gerichtet sein müsse, den fremden Besitz zu stören oder eigenen in Anspruch zu nehmen.

Diese Kontroversen werden von Randa S. 168—205 ausführlich erörtert, indem dieser für das österreichische Recht annimmt, daß die willkürliche thatsächliche Störung, die Drohung bezw. das ernstliche Verbot, Besitzhandlungen vorzunehmen, ja selbst das bloße Bestreiten des Besitzes geeignet sei, die Besitzstörungsklage zu begründen.[29])

Ihering dagegen erklärt S. 92, daß wer sich genöthigt sehe, das Erforderniß der Gewalt, welches die Quellen für das interd. uti poss. nirgends aufstellen, künstlich in dasselbe hineinzutragen, in seinen Augen schon bekundet habe, daß seine Theorie dem römischen Rechte nicht entspricht. Er fordert daher zur Begründung des Interdikts nur, aber auch stets das Bestreiten des Besitzes, die controversia de possessione.

In der That ist es wunderbar, was für Quellenzeugnisse der herrschenden Turbationstheorie zur Stütze dienen sollen. Für den einschnei-

---

[29]) Förster § 162 verlangt eine verschuldete Besitzstörung, die Absicht, in den Besitzstand einzugreifen, die Fortdauer der Verletzung oder wenigstens die Befürchtung der Fortdauer oder Wiederholung. — Daß die Praxis danach strebt, von dem Erforderniß der Turbation loszukommen, ergiebt auch das Pr. 1369 des pr. O.T. (J.M.Bl. 1854 S. 106), in welchem der Begriff der heimlichen Besitzentsetzung und Besitzstörung weiter gefaßt wird als der der heimlichen Besitzergreifung. Gegen diese Auffassung sprechen sich freilich aus Koch zu § 100 und Förster § 162.

dendsten Satz der Besitzlehre hat Savigny S. 397 Nr. 1 weiter keinen Belag als die Worte des Edikts:

Neque pluris, quam quanti res erit, intra annum agere permittam. Er übersieht aber u. E., daß diese Worte lediglich die Klage auf das Interesse im Auge haben für den Fall, daß gegen den Befehl des Prätors gehandelt wird, d. h. nach moderner Rechtsanschauung die Klage auf Feststellung der im Interdikt angedrohten Strafe.

Bruns versucht zwar eine eingehendere Begründung; er verwechselt aber grundsätzlich die actio ex causa interdicti, welche auf richterliche Anerkennung des demnächst zu schützenden Besitzes geht, und die Schadensersatzklagen, welche auf Grund des anerkannten, in contumaciam oder durch den Richter festgesetzten Besitzes gegeben werden. Nur die letzteren setzen eine geschehene Gewalt voraus. Wenn die Theorie sich das Verhältniß der praktischen Besitzklage zu dem Nachverfahren in der Exekutionsinstanz, in welchem die angedrohte Strafe als verwirkt festgestellt wird, klar gemacht hätte, glauben wir, würden die Aussprüche der Römer nicht derartigen Mißverständnissen ausgesetzt gewesen sein.

Bruns meint ferner, daß da die in den Stipulationen und Restipulationen enthaltene Strafe jedenfalls ernst gemeint gewesen sei, auch eine wirkliche vis als Bedingung des Interdikts vorauszusetzen sei.[30]) Er übersieht aber, daß die Stipulationen und Restipulationen überhaupt gar keine Strafe enthielten, daß über Anerkennung eines Rechtes im alten Prozesse in der Regel per sponsionem gekämpft wurde, daß die ernstlichen Strafen für seine Scheingewalt immer unerklärt bleiben, und daß Gaius Gewinn und Verlust der Stipulationen lediglich von Beantwortung der Frage abhängig macht, wer zur Zeit des erlassenen Interdikts besessen hat.

Gewiß richtig wird die Stelle bei Gaius (§ 169), worin es heißt, daß derjenige, welcher die Gewalt nicht thue, zu Gunsten des Gegners des Besitzes entsetzt werden solle, auf das interdictum uti possid. bezogen. Aber die Gewalt im Sinne dieses Interdikts ist nichts weiter als das gegenseitige Verbot fernerer Besitzhandlungen, das allerdings der Regel nach durch das interdictum secutorium erzwungen wurde. Die Behauptung, der römische Prätor habe die streitenden Parteien zunächst auf das Grundstück geschickt, damit sie sich dort um den Besitz schlagen sollten, ist zu eigenthümlich, als daß sie wahr sein könnte.[31])

[30]) Bruns sagt § 4 S. 29: „Der Prätor verbietet die vis, die Parteien begehen die vis, die Sponsionen bestimmen die Strafe der vis."

[31]) So auch Meischeider S 433: „Mit Bruns halte ich ferner für richtig, daß die vis ex conventu in der älteren Zeit auf dem streitigen Grundstücke selbst

Die Berufung auf die l. 7 D. ne quid in loco publ., l. 1 § 12 ne quid in flumine publ. erscheint ganz verfehlt. Gerade sie entwickeln den Charakter des prohibitorischen Interdikts dahin, daß es eine geschehene Gewalt nicht zur Voraussetzung habe (quae nondum facta sunt). Nach erlassenem Interdikt freilich wird das Geschehen der Gewalt durch Schadensersatzklagen verhindert.[32])

Die geschehene Gewalt kommt für das interdict. uti possid., durch welches erst die zukünftige Gewalt verboten wird, nur insofern in Betracht, als sie die Veranlassung sein kann, Schutz für die Zukunft zu suchen, und dies geht sogar so weit, daß nicht einmal ein vorhergehendes Bestreiten des Besitzes nothwendig ist, um den Erlaß des Interdikts herbeizuführen. Ulpian führt gerade in der Stelle, die augenscheinlich dazu bestimmt ist, den Charakter des interd. uti poss. zu entwickeln, einen Fall an, wo der Gegner den Besitz anerkennt, ohne mit einem Worte zu erwähnen, daß er vorher angegriffen oder wenigstens bestritten sein müßte. Er meint auch nicht etwa, daß Kläger nunmehr abgewiesen werden müßte, sondern gerade umgekehrt, daß es eines weiteren Verfahrens zu Gunsten des Klägers nicht bedürfe, l. 1 § 3 D. uti poss.:

---

vorgenommen worden ist und daß daher auf den Erlaß des Interdikts nicht uno actu die cetera ex interdicto gefolgt sind." — Hier tritt die Verwechselung der actio ex causa interdicti und der interd. secutoria deutlich hervor. Man hat aber folgende drei Rechtsmittel zu unterscheiden:

a) das Interdikt selbst und die actio ex causa interdicti, durch welche entschieden wird, wer im Momente des Erlasses des Interdikts nec vi, nec clam, nec precario besitzt;

b) die interdicta secutoria, welche Inzidentpunkte beim Verfahren regeln, den Beklagten bei Vermeidung der Kontumazialfolgen zwingen, Widerspruch zu erheben und die fructus licitatio vorzunehmen, Gaius IV § 170, auch wohl demjenigen den Besitz zurückverschaffen, welchem er bei der fructuum licitatio zu Unrecht genommen ist, Gaius IV § 166, 169;

c) die Schadensersatzklagen aus der Handlung gegen den prätorischen Befehl, die allerdings eine geschehene Gewalt voraussetzen.

[32]) Bruns benutzt auch die oratio pro Caecina, um die Anwendung der vis ex conventu auf das interdictum uti possidetis darzuthun. Die ganze Rede, namentlich c. 16 § 45, c. 8 § 22, c. 11 § 32, c. 7 § 20, handelt aber vom interd. unde vi, und gerade durch eine derartige Argumentation wird klar ersichtlich, daß die herrschende Theorie die beiden römischen Interdikte verwechselt.

Die vis ex conventu scheint weiter nichts als der thatsächliche Versuch der Rücknahme zu sein, welcher dem Gegner vorher angezeigt wurde, um seine Weigerung zu konstatiren. Er kann jeder Klage, auch dem interd. unde vi vorausgehen, und deshalb wurde dem Caecina gerathen, erst diesen thatsächlichen Versuch der Rücknahme zu machen: placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur.

si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit, possidere, ille petitoris onere fungetur.[33])

Der Gegengrund, daß man danach ohne Weiteres jeden Beliebigen auf der Straße aufgreifen, zum Prätor schleppen, und dort ein vim fieri veto gegen ihn aussprechen lassen konnte, beweist nichts, da auch sonst jeder Beliebige verklagt oder ein Mandat gegen ihn ausgewirkt werden kann. Nur die Kosten wird der Kläger zu tragen haben, wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klage gegeben.

Die Bemerkung von Bruns, daß die Begründung des interdictum uti poss. durch vis in der Praxis reiner Schein und Täuschung sei, ist vollständig zutreffend.[33a]) Der Prätor erläßt auf den einseitigen Antrag des klagenden Besitzers das Mandat an den Verklagten, sich der Besitzstörung für die Zukunft zu enthalten (vim fieri veto). Weder eine vorgehende Turbation, noch ein Bestreiten des Besitzes war nothwendiges Erforderniß. Widersprach der Verklagte nicht oder ließ er sich auf die Klage gar nicht ein, so wurde das Mandat vollstreckbar, und aus ihm resultirten die Schadensersatzklage für den Fall, daß der Besitz in Zukunft gestört wurde. Es ist überhaupt eine wunderbare Zumuthung, welche von der herrschenden Schule dem Besitzer gestellt wird, sich erst stören zu lassen, um den prätorischen Schutz zu erlangen.

Trotzdem in der modernen Praxis das vorhergehende Mandat gefallen ist, sollte doch die materielle Entscheidung niemals in anderer Weise erfolgen. Mag daher auch der Verklagte den Besitz des Klägers oder die bereits erfolgte Turbation leugnen, so kann er doch mit der ersteren Behauptung den Kläger nicht verhindern, sich durch den Richter in den Besitz zu setzen, und die zweite ist überhaupt kein Grund, weshalb er nicht für die Zukunft wenigstens den Besitz des Klägers respektiren sollte. In dem Bestreiten des klägerischen Besitzes und dem der Turbation dürfte auch jetzt kein Widerspruch gegen den Klageantrag selbst, der nichts als zukünftigen Schutz bezweckt, sondern nur hinsichtlich der Kosten zu erblicken sein, vielmehr müßte Verklagter u. E. ohne Weiteres verurtheilt werden; es ist nur zuzugeben, daß im modernen Verfahren der Kostenpunkt Schwierigkeiten macht. Nur dann kann offenbar Verklagter zum Ersatze der Kosten verurtheilt werden, wenn er dolos oder kulpos zur Anrufung des Richters Veranlassung gegeben oder nach Anrufung des Richters

---

33) conf. auch l. 6 § 2 D. de conf. 42. 2.

33a) Die Praxis ist infolge der unsicheren Theorie äußerst schwankend, bald wird thatsächliche Störung verlangt, Seuf. Bd. 24 Nr. 213, bald wird davon abgesehen, Seuf. Bd. 26 Nr. 110, Bd. 21 Nr. 124, bald wird Bestreiten verlangt, Bd. 30 Nr. 229, Bd. 24 Nr. 34, Bd. 34 Nr. 93, Bd. 32 Nr. 302.

nichtige Einwendungen erhoben hat. Dies scheint uns auch der Standpunkt der deutschen Civilprozeßordnung zu sein, die im Allgemeinen eine Anerkennungsklage ohne vorhergehende Turbation zuläßt.

Dagegen setzt das interd. unde vi und das interd. Quod vi aut clam stets eine in der Vergangenheit liegende Verletzung voraus.

Die Verwechselung der beiden römischen Interdikte macht sich auch geltend in den von der herrschenden Theorie gezogenen Konsequenzen. Randa sagt S. 232:

> Es versteht sich, daß der Gestörte nach Wahl den Mandanten oder Mandatar oder beide mit der Klage belangen kann,

und dies soll eine gemeinsame Bestimmung für das interdict. unde vi und uti possid. sein. Aber nur das interd. unde vi ist eine Deliktsklage, und nur für dieses können die Grundsätze der Deliktsklage zur Anwendung kommen. Das Mandat an sich befreit daher nicht von der Verantwortlichkeit, l. 1 § 13 unde vi 43. 16:

> non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecit, non magis, quam si jussu alicujus occidit;

l. 18 pr. eodem

> qui mandatum illicitum susceperit.

l. 5 § 14, l. 7 § 1, l. 16 D. Quod vi aut clam.

Gerade aus diesem Grunde kommen die Grundsätze der Noxalklage zur Anwendung, l. 1 § 15. 16. 20. D. h. t., und auch derjenige, in dessen Namen oder Interesse außer dem Falle des Auftrages oder der Genehmigung eine Besitzstörung verübt worden ist, haftet auf dasjenige, was auf ihn gekommen, und wenigstens dahin, daß er die Fortnahme des gewaltsam angelegten Werkes dulde, l. 16 § 2 Quod vi aut clam:

> in summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis, qui fecit, nec possidet, impensam, qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet.

Es ist daher unmöglich, daß der in Anspruch genommene Mandatar durch Nomination oder Litisdenunziation von seiner eigenen Verpflichtung sich befreie.[34])

Dagegen kann das interdictum uti poss., die Klage auf Anerkennung des für die Zukunft zu schützenden vorläufigen, relativen oder vermutheten Rechts, zwar gegen Jeden gerichtet werden, wenn aber der Beklagte behauptet, daß er den Besitz für einen Dritten habe bezw. daß er die Besitzhandlungen für einen Dritten ausgeübt habe und in Zukunft aus-

---

[34]) Dieselben können daher allein dazu dienen, sich den etwaigen Regreß zu sichern.

üben wolle, so kann unmöglich dahin ohne Weiteres erkannt werden, daß der Beklagte schuldig sei, sich in Zukunft auch der Besitzhandlungen für den Dritten zu enthalten, denn damit würde über das Recht eines Dritten entschieden. Es muß daher die Klage gegen den Nominaten gerichtet werden, und nur wenn dieser den Prozeß nicht aufnimmt oder verurtheilt wird, kann gegen den Nominanten erkannt werden, daß er sich nunmehr auch der Besitzhandlungen Namens des Dritten zu enthalten habe. Der Grund des Unterschiedes liegt darin, daß im interdictum unde vi die Obligation ex maleficio festgestellt wird, während beim interdictum uti poss. eine Obligation nicht in Frage kommt.[35])

Die Bemerkung Randa's S. 236:

> „Durch die Nomination und Litisdenunziation überwälzt der beklagte Inhaber die Last der Vertheidigung auf den Auktor, ohne indeß aufzuhören, Prozeßsubjekt zu sein,"

scheint daher nicht einmal für das interdictum unde vi zutreffend zu sein, weil der Verklagte in keiner Weise von der Vertretung seiner eigenen That befreit werden kann; mit Bezug auf das interdict. uti poss. dürfte sie ganz unhaltbar sein, weil eine Klage auf Anerkennung eines Rechts keinen Sinn mehr hat, sobald der Verklagte durch die Nomination zu erkennen gegeben hat, daß er die Bestreitung des prätendirten Rechts einem Dritten überlassen wolle.

Ganz dieselben Grundsätze müssen u. E. zur Anwendung kommen, wenn die Besitzstörung im Auftrage einer Behörde oder durch dieselbe vorgenommen ist. Das Schwanken der Praxis scheint seinen Grund wesentlich in der Vermischung der Klagerechte zu haben.

Dem interd. unde vi haften der Extrahent, die beamtete Person, sowie das ausführende Organ je nach dem Grade ihrer Verschuldung. Es folgt dies für das gemeine Recht aus der Analogie der l. 3 § 1 quod metus causa:

> ceterum si per injuriam quid fecit populi Romani Magistratus vel provinciae Praeses, Pomponius scribit, hoc Edictum locum habere,

auch dürfte es fast unmöglich sein, den Grundsatz der l. 3 § 1 l. c.

---

[35]) Das Pr. Nr. 2160 vom 2. April 1849, daß derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten und für denselben eine besitzstörende Handlung unternommen hat, sich von der gegen seine Person gerichteten Besitzklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien könne, daß ein solcher Auftrag zu Grunde gelegen habe, ist u. E. nur vom Standpunkte des interd. uti poss. gerechtfertigt, dagegen ist die Gegenausführung Koch's zum A.L.R. I. 7 § 148 Anmerk. 90 gerechtfertigt, wenn man sich auf den Deliktsstandpunkt des interd. unde vi stellt.

partikularrechtlich auszuschließen, wie dies Randa S. 241 Note 20 für das österreichische Recht allgemein zu behaupten scheint. Denn hat die beamtete Person sich innerhalb der Schranken ihrer Befugnisse gehalten (scilicet jure licito et jure honoris), so begeht sie überhaupt kein Delikt und haftet dem interd. und. vi aus diesem Grunde nicht, hat sie aber ihre Befugnisse überschritten, so muß sie nach dem Grade ihrer Verschuldung dafür verantwortlich sein. Eine ganz andere Frage ist es aber, ob über die Amtsübergriffe der Behörden nicht der gewöhnliche Richter, sondern die vorgesetzte Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgerichtshof zu befinden hat. Hierdurch werden die Grundsätze über die Haftpflicht in keiner Weise geändert.

Das ausführende Organ haftet dem interd. unde vi ebenfalls nur dann, wenn es eine Verschuldung trifft, also gewiß nicht dann, wenn es den Befehl unter allen Umständen befolgen muß (§ 47 A.L.R. I. 6), und wenn es auch bei erlaubter selbstständiger Prüfung die Rechtswidrigkeit des formell ordnungsmäßig ertheilten Befehls nicht zu erkennen im Stande war.

Dagegen kann das interd. uti poss. nicht gegen die Behörde oder das ausführende Organ gerichtet werden, da sie einen Besitz für sich nicht in Anspruch nehmen, also den Kläger sofort durch die Nomination an die Person, und wäre es auch eine juristische, wie der Fiskus, verweisen können, für welche der Besitz beansprucht wird. Dagegen dürfte es nicht zu bezweifeln sein, daß diese dem Interdikt unterliegt, es sei denn, daß Partikularrechte auch hier den Rechtsweg überhaupt ausschließen. Giebt es nun eine derartige Person nicht, hat die Behörde vielmehr nur im öffentlichen oder polizeilichen Interesse gehandelt, so ist klar, daß das interd. uti poss. den Boden verloren hat.

D. Einreden beim interdict. uti possid. und unde vi.

Auch in der Lehre von den Exzeptionen hat die herrschende Theorie jeden Unterschied der Interdikte verwischt.

Randa bemerkt zunächst, daß nur solche Einreden (im weiteren Sinne) zulässig seien, welche sich auf den Besitz und dessen Störung beziehen, hingegen alle petitorischen, insbesondere alle auf das Recht zum Besitze gegründeten Einwendungen gänzlich ausgeschlossen seien.

Die Richtigkeit dieser Behauptung wollen wir nicht bestreiten, aber — und darin liegt sicher eine Bestätigung unsrer Theorie — die konsequente Durchführung dieses Grundsatzes des vorläufigen Rechts als Regel ist überhaupt nur möglich, wenn man die interdicta unde vi und uti poss. in unserem Sinne und nicht beide als einseitige Restitutions- und

Schadenserſatzklagen aus der geſchehenen Verletzung auffaßt. Der Eigenthümer wird allerdings durch das Geſetz belehrt, daß er einem beſtehenden Beſitze gegenüber auf die Rückforderungsklage zurückgedrängt, daß die eigenmächtige Dejektion des Beſitzers ein für alle Mal verboten iſt, und deshalb haftet er mit Recht der Pönal- und Schadenserſatzklage, wenn er den Beſitzer dejizirt, demjenigen aber, dem eine Servitut aus Geſetz oder Vertrag zuſteht, verbietet es kein Geſetz, dieſelbe auch auszuüben, er kann alſo unmöglich dem interdictum uti poss. als einer Schadenserſatzklage haften. Freilich muß er es ſich für den Fall, daß er die Bedingungen eines Spezialinterdikts[36]) noch nicht erfüllt hat, gefallen laſſen, daß ihm der vollſtändige Beſitzer das interd. uti poss. entgegenſtellt, ihn vorläufig an der Ausübung ſeines Rechts verhindert und zur Klage zwingt, der Schadenserſatz- und Pönalklage aber haftet er nicht und ihr ſtellt er mit Erfolg die Einrede ſeines definitiven Rechts entgegen.[37])

Man ſteht daher vor folgender Alternative: Entweder das interd. uti poss. iſt überhaupt nicht jene Schadens- und Pönalklage aus theilweiſer Turbation, oder der Satz iſt falſch, daß bei ihm petitoriſche Einreden überhaupt nicht zugelaſſen werden.

Es ſoll ferner die Einrede der Verjährung eine beiden Interdikten gemeinſame ſein. Zwar iſt es richtig, daß das interdictum unde vi innerhalb eines annus utilis verjährt und nach dem Jahre nur auf das gegeben wird, was auf den Verklagten gekommen iſt; Randa meint

[36]) Die Spezialinterdikte werden bekanntlich von den Römern überhaupt als Ausnahmefälle aufgeſtellt

a) aus dem vorläufigen Rechte,

b) aus dem definitiven Rechte, namentlich aus Legalſervituten (interd. de itinere reficiendo l. 3 § 11 seq. 43. 19, de arboribus caedendis 43. 17, de glande legenda 43. 18).

[37]) Man kann wohl behaupten, daß durch die Auffaſſung des interd. uti poss. als einer Schadenserſatz- und Pönalklage die Praxis dazu gedrängt iſt, den Einwand des Rechts allgemein zuzulaſſen. Förſter § 162 Note 35:

„Eine Handlung, welche ſich als der Ausfluß eines Rechts darſtellt, iſt nicht als Beſitzſtörung anzuſehen."

Dieſer Grundſatz iſt in einer Reihe von Entſcheidungen des preußiſchen Ober-Tribunals aufrecht erhalten (conf. Rönne Nr. 20 zu den §§ 146, 147, 150 A.L.R. I. 7). Hiermit iſt denn freilich der Satz aufgegeben, daß die Beſitzklage petitoriſche Einreden nicht zulaſſe. Aber auch die Ausübung einer Wegegerechtigkeit oder Weideberechtigung u. ſ. w. ſtellt ſich als Ausfluß des Rechts dar, wenn auch die Bedingungen des Spezialinterdikts nicht gegeben ſind. Weshalb ſoll nun hier wieder der Einwand des Rechts ausgeſchloſſen ſein? — Nicht beſſer iſt es, wenn Randa S. 146 in allen Fällen eines formell berechtigten Eingriffs in die fremde Beſitzſphäre das interd. uti poss. für unanwendbar erklärt, denn in den Beiſpielen, ſpricht er von materiellen Berechtigungen. Es läßt ſich eben nur das römiſche Beiſpiel nachahmen (conf. vorige Note.)

aber auch Note 34 (S. 249), daß das interd. uti poss. in einem annus utilis verjähre, und Savigny zieht (S. 411) die Parallele mit dem interd. unde vi vollständig:

> Wenn ein Jahr verflossen ist, seitdem der Besitz verletzt wurde, so kann von diesem Interdikt kein Gebrauch gemacht werden, um Schadenersatz zu fordern, es müßte denn durch den Verlust des Besitzers zugleich der Verletzer gewonnen haben.

Sein einziger Grund sind aber auch hier die Worte des Edikts: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam, in denen der Prätor nach erlassenem Interdikt innerhalb eines Jahres eine Strafklage zu geben verspricht, wenn gegen den Befehl gehandelt wird. Direkt wird aber Savigny von Ulpian in der l. 1 § 5 uti poss. widerlegt:

> Perpetuo autem huic interdicto insunt: quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possides,

und wenn Rudorff (Nr. 142) die Savigny'sche Theorie dadurch zu retten sucht, daß er die Stelle auf das vorhergehende interd. de vi et vi armata (Dig. 43. 16) bezieht und das Wort „perpetuo" mit „durchgängig, d. h. ohne Unterscheidung zwischen einfacher und Waffengewalt" übersetzt, so dürfte dagegen denn doch zu erwägen sein, daß in dem vorhergehenden § 4 eine Parallele mit dem interd. unde vi überhaupt (nicht zwischen dem interd. de vi armata und dem interd. uti poss.) gezogen wird, und perpetuo nicht „durchgängig", sondern „immer" bedeutet.

Was aber noch mehr in das Gewicht fällt, ist, daß die allgemeine Verjährbarkeit des interd. uti poss. aus logischen Gründen eine Unmöglichkeit ist. Das Recht des Besitzers, sich die Einwirkung auf die Sache zu verbitten, kann nicht verjähren; er ist niemals verhindert, das interdictum uti possid. anzustellen, und um so weniger kann eine Verjährungsfrist von einer etwaigen Störung gerechnet werden, da eine Störung gar nicht Voraussetzung ist. Ulpian sagt weiter nichts, als daß ein vitiöser Besitzer das Interdikt niemals anstellen könne und zwar weder als Kläger noch als Beklagter. Dagegen kann es ein nicht vitiöser Besitzer immer anstellen. Von einer Verjährung des interd. uti poss. kann demnach keine Rede sein, aber ebensowenig von einer Heilung der Besitzfehler durch Zeit.

E. Das Verfahren.

Es ist bekannt, daß nach der alten römischen Gerichtsverfassung die Klage ex causa interdicti nicht sofort eingeleitet wurde, sondern der

Kläger ſich zunächſt an den Prätor zu wenden hatte und bei dieſem den Erlaß des Interdikts, das Gebot, zu reſtituiren, zu exhibiren, den Beſitz von nun ab zu reſpektiren, extrahiren mußte. Dies Gebot erfolgte, wie es ſcheint, in Gegenwart des Verklagten:

> certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. Gaius IV. § 139.

Beruhigte ſich der Verklagte bei dem Gebote des interdictum uti poss., keine Gewalt vorzunehmen, ſo war die Sache damit abgemacht, widerſprach aber der Verklagte in gehöriger Weiſe, ſo eröffnete der Prätor nunmehr die actio ex causa interdicti, indem er einen judex beſtellte, welcher zu finden hatte, wer zur Zeit des erlaſſenen Interdikts nec vi nec clam nec precario vom Anderen beſeſſen hatte.

In der ſpäteren Kaiſerzeit trat eine doppelte Aenderung ein. Der Kläger brauchte nicht mehr den Erlaß des Interdikts nachzuſuchen, ſondern klagte ſofort auf Reſtitution, Exhibition oder auf Anerkennung des von nun ab zu ſchützenden Beſitzes:

> non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. (§ 8. J. IV. 15.)

Es wurde ferner nicht mehr ein judex beſtellt, ſondern der Prätor oder Prokonſul erkannte ſelbſt über die Verpflichtung zur Reſtitution, Exhibition, Anerkennung des von nun ab zu ſchützenden und zu reſpektirenden Beſitzes und hielt den anerkannten Beſitzſtand mit Gewalt aufrecht:

> uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit (l. 1 C. uti poss., l. 3 D. 43. 4).

Eine materielle Aenderung des Interdiktenrechts iſt hiermit am wenigſten eingetreten.

Es legt aber die herrſchende Meinung, wie Randa S. 128 Note 10 bezeugt, den § 8 J. de interd. IV. 15 dahin aus, es ſei das früher im prätoriſchen Edikt von Fall zu Fall erlaſſene Spezialverbot zu einem generellen geſetzlichen Verbot, zum feſten Prinzip der allgemeinen Rechtsordnung erhoben worden, aus deſſen Verletzung durch Störung des Beſitzes (vis) ſofort auf Schadenserſatz geklagt werden könne. Darin liegt die an ſich ſonderbare Vorſtellung, als wenn die Interdikte des Prätors ein allgemeines Geſetz nicht zur Vorausſetzung gehabt hätten, als wenn er durch Erlaß des Interdikts erſt Geſetz und Recht zwiſchen den Par-

teien geschaffen hätte.[38]) Mit derselben Berechtigung ließe sich behaupten, daß der Richter im modernen Prozeß durch Erlaß des Mandats im Bagatell- oder Mandatsprozeß das Recht zwischen den Parteien erst schaffe. Auch die Interdikte sind Spezialgebote auf Grund des allgemeinen Gesetzes gewesen, und das allgemeine Gesetz haben die Kaiserkonstitutionen nicht geändert. Dadurch daß die herrschende Meinung in der formalen Aenderung des Prozesses auch eine Aenderung des materiellen Rechts erblickt, sucht sie nur die unbegründete Gleichstellung der interd. unde vi und uti poss. zu verdecken und zu rechtfertigen.

Bruns meint S. 54, es sei die neue Klage der Kaiserkonstitutionen an die Stelle der alten Klage auf das Interdikt, nicht aus dem Interdikt getreten. In der Analogie dieser Behauptung würde es sich rechtfertigen, sobald ein Gesetzgeber den Mandatsprozeß aufhöbe, den Kläger zu zwingen, auf Erlaß des Mandats zu klagen. Interdikt und Mandat sind aber Gebote, denen noch widersprochen werden kann, und auf Erlaß eines derartigen Gebots ist die Klage der Kaiserkonstitutionen gewiß nicht gegangen. Der prätorische Befehl und die Klage gehen beide auf das Verbot künftiger Gewalt, sie unterscheiden sich nur dadurch, daß es bei ersterem zunächst eines Widerspruchs bedarf, um eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob das Verbot gerechtfertigt ist, während diese Frage bei der Klage ohne Weiteres entschieden wird.

Daß in der Neuerung der Kaiserkonstitutionen gegenüber dem klassischen Recht ein so großer Fortschritt zu erblicken sei, läßt sich füglich nicht behaupten. Mit Bezug auf das vorläufige Recht ist sogar das Interdiktenverfahren im hohen Grade praktisch.[39]) Will man es im modernen Rechte nachahmen, so müßte der Richter auf Antrag an den Verklagten ein Mandat erlassen, worin er ihn verurtheilte, den Besitz des Klägers anzuerkennen und von nun ab zu achten, oder innerhalb einer bestimmten Frist Widerspruch zu erheben. Erfolgt kein Widerspruch, so ist die Sache, wie im römischen Rechte, damit abgethan, Kläger gilt dem Verklagten gegenüber als Besitzer. Die Kosten des Verfahrens würde Kläger von dem Verklagten freilich nur durch beson-

[38]) Das, was Randa als gemeine Meinung vorträgt, ist übrigens nicht konform der Meinung Savigny's. Dieser sagt S. 378:

„Kam ein einzelner Fall dieser Art vor, so erließ der Prätor sogleich diesen schon im Edikt verzeichneten Befehl ..."

Er erkennt also an, daß der Spezialbefehl des Prätors sich auf das allgemeine Recht gestützt habe.

[39]) conf. die Ausführungen Randa's S. 265 Note 59 über das Verfahren in Zürich. Bluntschli II. S. 32.

dere Klage fordern können, in der auszuführen wäre, daß Verklagter dolos oder wenigstens kulpos zur Anrufung des Richters Veranlassung gegeben habe.

Man könnte es aber auch dem Beklagten überlassen, nur wegen der Kosten zu widersprechen, weil er keine Veranlassung zur Extrahirung des Mandats gegeben habe.

Schon Savigny hat darauf aufmerksam gemacht (S. 381), daß die stillschweigende Voraussetzung der meisten Neueren, daß der Interdiktsprozeß höchst summarisch gewesen sei, völlig unbegründet sei. Und in der That ist nicht einzusehen, wie das klassische Recht zu einem summarischen Verfahren, das nicht bloß schleunig, sondern von den Beweisregeln des ordentlichen Prozesses befreit gewesen, geführt sein soll.

Die Pönal- und Schadensersatzklage aus dem bloßen Besitze vor der Schadensersatzklage aus dem verletzten Eigenthum auszuzeichnen, lag doch keine Veranlassung vor.[40]) Wir lernen denn auch aus der Rede Cicero's pro Caecina, daß das interdictum unde vi in keiner Weise summarisch gehandhabt wurde.

Für die Klage auf Anerkennung des vorläufig zu schützenden Rechts freilich ist es ein absolutes Erforderniß, daß sie eher zur Entscheidung gelangt, als die Frage nach dem definitiven Recht, denn sonst ist eine Entscheidung über das vorläufige Recht überhaupt überflüssig. Schon das klassische Recht hat deshalb eine derartige Anordnung getroffen:

> exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet judex, uter possideat ... et tunc de dominio quaeratur, l. 35 de poss. 41. 2.

Aber hierbei mußten sich die Römer beruhigen. Im interd. uti poss. wurde zugleich über das definitive aber relative und das vermuthete Recht befunden, und diese Rechte gestatten keine summarische Kognition.

Dennoch läßt sich nicht verkennen, daß die Kaiserzeit ein schleuniges und summarisches Verfahren hinsichtlich der Frage eingeführt hat, wer interimistisch besitzen solle, die actio momenti. Es wurde die Beschleunigung des Verfahrens überhaupt angeordnet, l. 8 C. unde vi, l. un. C. Theod. Utrubi 4. 23, l. 14 C. de agric. 11. 47, besondere Regeln über die Prozeßlegitimation gegeben, l. 3 C. 3. 6, die Appellation ausgeschlossen, l. 1 C. 7. 69. Es ist dies nichts als eine provisorische, schleunige und summarische Entscheidung nach den Grundsätzen des inter-

---

[40]) In gleicher Weise würde es ungerechtfertigt sein, wenn man das Strafverfahren aus § 289 St.G.B. durch Schleunigkeit und summarische Kognition auszeichnen wollte.

dictum uti poss. und unde vi, deren Bedingungen in keiner Weise geändert sind.

Auch hat die Praxis eine Kumulation des interdictum uti possidetis, der vorläufigen Rückforderungsklage, der Schadensersatzklage aus der Dejektion, und des interdictum Quod vi aut clam zugelassen — und daraus stammen u. E. die Irrthümer über die Natur des interdictum uti poss. —, aber auch dies giebt keine Ursache, die Grundsätze der Interdikte für aufgehoben zu erachten.

Endlich hat das Mittelalter ein provisorisches Rechtsmittel (das poss. summariissimum) und ein endgültiges für das vorläufige Recht ausgebildet, und ebenso kennt die deutsche Civilprozeßordnung neben der vorläufigen Verfügung noch die besondere Besitzklage.

---

§ 10. Grund der Anerkennung des Besitzes.

Auf dem Gebiete der Vermögensrechte lassen sich scheiden:

a) das Recht durch Gewalt gegen die Gewalt zu behalten, welches sich zwar keiner Klage auf Anerkennung erfreut, wohl aber, wenn auch in beschränkter Weise, durch Pönalklagen geschützt ist,

b) das Recht durch und gegen die Klage des vorläufigen Rechts zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, welches sich sowohl einer Klage auf Anerkennung erfreut, als auch, wenngleich erst nach erlassenem Interdikt, durch Pönalklagen geschützt wird,

c) das definitive aber relative Recht zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, welches seine Anerkennung in der exceptio und Klage findet und ebenfalls durch Pönalklagen geschützt ist, und das im Laufe der Rechtsentwickelung nach Inhalt und Schutz dem absoluten Rechte immer mehr gleich gestellt ist,

d) das vermuthete Recht zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern, das ausgehend vom Besitze der an sich begründeten Klage, den Exzeptionen, Repliken und Dupliken des Prozesses folgt,

e) das definitive und absolute Recht zu behalten, zurückzufordern und zu fordern, welches nach Inhalt und Schutz vollkommen ist.

Der Besitz im Gegensatze zum Rückforderungs- oder Forderungsrechte ist nun die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, ausgestattet mit einigen oder allen Rechtsgarantien.

Frage ist nun, weshalb das Gesetz den Besitz mit beschränkten Rechtsgarantien neben dem vollkommenem Rechte anerkennt.

Es giebt zwei verschiedene Grundansichten über die Natur des Besitzes, diejenige, welche ihn als Faktum, diejenige, welche ihn als Recht

auffaßt. Wir haben zwar oben ausgeführt, daß jedes subjektive Recht ein Faktum und die mit diesem verbundene rechtliche Anerkennung zur Voraussetzung habe, das Eigenthum ebensowohl, wie der Besitz und die possessorischen Rechte, daß die Rechte zu a. b. c. d. nur unvollkommene seien, welche noch einen Theil des Unrechts an sich tragen; nichts desto weniger sondern sich die Meinungen über den Grund der staatlichen Anerkennung des Besitzes und der possessorischen Rechte nach dieser unrichtigen Unterscheidung. Die eine Schule findet ihren Grund in ihren Bedingungen, die zweite in der rechtlichen Anerkennung derselben, eine dritte Schule endlich sucht den Grund in außerhalb des Besitzes selbst liegenden Umständen.

Randa ist der Ansicht, daß der Besitz ein rein thatsächlicher Zustand sei, und daher ist es selbstverständlich, daß er der ersten Schule angehört.

Er findet den Grund des Besitzes im Willen des Rechtssubjekts, und zwar nicht in dem berechtigten Willen, denn dieser als konkretes Recht genieße den allgemeinen Klagenschutz zur Abwehr jeder Verletzung und Aufhebung geschehenen Unrechts, sondern in dem nicht berechtigten Willen. [1]) Also der nicht berechtigte Wille, der von der Gesellschaft nicht anerkannt wird, erfreut sich des Schutzes, d. h. der nicht anerkannte Wille wird dennoch von der Gesellschaft anerkannt. Daß darin ein Widerspruch enthalten ist, liegt wohl auf der Hand, und derselbe wird durch die Bemerkung höchstens verschleiert, daß der in der faktischen Ausübung eines Rechts sich bethätigende Wille auch dann, wenn er nicht als berechtigter, sondern als thatsächlicher auftritt, gerichtlich geschützt werden solle. Es wird nicht zu leugnen sein: es ist ein Gebot des allgemeinen Willens, daß der Besitzer nicht dejizirt werde, daß der Besitzer bezw. derjenige, von welchem dieser vi clam precario besitzt, vorläufig und dem Unberechtigten gegenüber definitiv die Sache behält, gerade der allgemeine Wille zieht die Schranken des Rechts wie um das Eigenthum, so um den Besitz. Aber wie es das Gebot des allgemeinen Willens ist, daß der Besitz gegen Eigenmacht und Interdikt vorläufig, und dem Unrecht gegenüber überhaupt aufrecht erhalten bleibe, so ist es das Gebot desselben allgemeinen Willens, daß der Besitzer durch Ausübung dieses Rechts, soweit dies aus allgemeinen Grundsätzen folgt, dem definitiv Berechtigten gegenüber sich verantwortlich macht. Gerade hierin liegt der Charakter des Besitzes und der possessorischen Rechte, in dieser Mischung von Recht und Unrecht, welche die Römer in so scharfsinniger Weise

[1]) Selbst Savigny sagt § 18 S. 238: „Es beruht aller Besitz einer Sache auf dem Bewußtsein unbeschränkter physischer Herrschaft."

durchgeführt haben, während die Gegenwart mit ihren absoluten Ideen sich sträubt, sie anzuerkennen.

Wenn aber in dem Willen der Grund des Besitzes gefunden werden soll, so kann man mit demselben Rechte die andere Bedingung des Besitzes oder Besitzerwerbes aufgreifen und behaupten, im corpus liege der eigentliche Grund. Ihering steht dieser Idee nicht gerade fern, wenn er den Besitz als Thatsächlichkeit des Eigenthums und allgemeiner als Thatsächlichkeit der Rechte bezeichnet. Randa meint zwar S. 284, da die Detention an sich nicht geschützt werde, so bleibe nichts übrig, als den Grund in dem Willen des Besitzers zu suchen. Aber die Deduktion läßt sich auch umkehren: Da der bloße Wille an sich nicht geschützt wird, ist der Grund der Besitzrechte in dem corpus zu suchen. Die Mangelhaftigkeit seiner Deduktion ist denn auch Randa nicht entgangen, denn bei der Polemik gegen Ihering (S. 291) spricht er von dem in der Ausübung eines Rechts sich bethätigenden Willen, von dem in der Rechtsausübung realisirten Willen.[2]) Es läßt sich aber nicht verkennen, daß nunmehr nach dieser Behauptung der Wille des Menschen aufgehört hat, alleiniger Grund des Besitzes zu sein, daß nunmehr seine beiden angeblichen Bedingungen, corpus und animus, auch zu seinem Grunde geworden sind.

Wäre der Wille des Menschen der Grund der Anerkennung des Besitzrechtes, so müßte es überall erscheinen, wo nur ein Wille sich zeigte. Aber die Lehren vom Eigenthum wie vom Besitze errichten die Schranken des Rechts gerade gegen den Willen der Einzelnen, die letztere sogar gegen den Willen der definitiv Berechtigten. Jedes Recht, wie der Rechtsstaat überhaupt beruht auf der Beschränkung des Willens. Meischeider sagt S. 51 richtig:

„Der Wille des Menschen ist seinem Wesen nach absolut frei."

Aber gerade deßhalb kann der Alles begehrende Wille des Menschen nicht zur Grundlage des Rechtsstaats gemacht werden. Der Gesetzgeber erkennt zwar den Willen des Menschen auf einem bestimmten Gebiete für berechtigt an, weist ihn aber zugleich soweit in seine Schranken, als er es für nothwendig oder nützlich erachtet.

Wenigstens aber müßte man nach der Randa'schen Ansicht verlangen, daß ein Besitz ohne den Willen des Subjekts niemals anerkannt würde. Wie oft erscheint aber ein Besitz ganz ohne Willen! Wenn wir davon absehen, daß im römischen Rechte corpus und animus als Regel nur

[2]) Beim vollständigen Besitze wäre übrigens wohl richtiger von einem realisirbaren Willen zu sprechen, da es ja nur auf die Möglichkeit physischer Herrschaft ankommen soll.

für den Erwerb des Besitzes vorgeschrieben sind, wir also sehr wohl besitzen können, ohne ein Bewußtsein von der Fortdauer des Besitzes zu haben, so tritt selbst Besitzerwerb häufig ohne unseren Willen ein. So erwerben wir die angelandete Erde, die Insel im Flusse, die geworfenen Jungen, überhaupt durch einen Stellvertreter, ohne daß wir etwas davon wissen, gar nicht zu gedenken des Besitzes der willenlosen Personen, die auch dann besitzen, wenn sie noch keinen Vertreter haben.[3]) Der Wille des Menschen ist noch nicht einmal eine nothwendige Bedingnng, und sollte der Grund des Besitzrechtes sein?

Es ist wegen des schönen Gegensatzes außerordentlich verführerisch zu behaupten, nur das definitive und absolute Recht beruhe auf dem allgemeinen Willen, alle unvollkommenen Rechte aber auf dem Willen des Subjekts. So sagt Gans:

> Das Haben der Sache als eine Willensthat des Subjekts kann entweder in Uebereinstimmung stehen mit dem allgemeinen Willen, d. i. dem Gesetze — dann ist es Eigenthum — oder sich lediglich auf den besonderen Willen stützen — dann ist es Besitz.

So heißt es bei Förster § 157 Note 3:

> Auch der subjektive Wille ist ein rechterzeugender Faktor,

und in demselben §:

> Der Wille also ist hier, wie sonst, der rechterzeugende Faktor.

Hiernach würde sich schließlich das Subjekt seine eigenen Gesetze machen. U. E. aber ist der subjektive Wille noch nie ein rechterzeugender Faktor gewesen, der Begriff des Rechts ist bedingt durch die Anerkennung seitens des allgemeinen Willens, der seinen Ausdruck in Gesetz oder Gewohnheitsrecht findet, und dies gilt nicht nur für vollkommene, sondern auch für unvollkommene Rechte. Der einseitige Kultus des Individuums und des subjektiven Willens ist dem Privatrechte nicht minder gefährlich, als diejenige Richtung, welche ihre destruktiven Tendenzen direkt gegen dasselbe führt: auf der einen Seite erweitert man die Herrschaftskreise der Einzelnen ins Unendliche, so daß sie sich gegenseitig überdecken und aufheben, auf der anderen Seite schränkt man den Willenskreis des Menschen derartig ein, daß er überhaupt nichts mehr zu wollen hat, selbst nicht auf einem beschränkten Gebiete des Privatrechts. Der das Recht gründende Gedanke kann aber doch nur der sein, daß dem einzelnen Menschen ein bestimmtes Gebiet seiner Willkür abgegrenzt werden soll, daß dies aber zu geschehen hat durch den

---

[3]) Ganz etwas Anderes ist es, daß kein Recht überhaupt ohne Willen ausgeübt werden kann, daß Niemand ein Recht aufgedrungen wird.

auf dem allgemeinen Willen beruhenden Zwang. So eröffnet auch die Besitzlehre dem subjektiven Willen ein Feld seiner Willkür, abgegrenzt wird es aber lediglich durch die Befehle des Prätors. Es läßt sich gewiß nicht behaupten, daß die kategorischen Gebote desselben: „vim fieri veto, prohibebo, jubeo“ aus dem subjektiven Willen des Individuums entsprungen sind. Gewiß soll das Recht insofern im Dienste der Freiheit stehen, als es dem Individuum ein Gebiet der Freiheit abgrenzt, aber das Recht selbst, das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, kann nur auf dem Zwange beruhen, und so ist auch das Besitzrecht kein Ausfluß subjektiver Willkür, sondern des allgemeinen Willens.

Die bisher vorgetragenen Meinungen machen wenigstens eine in der Regel nothwendige Bedingung des Besitzerwerbes selbst zu seinem Grunde. Savigny, dessen Eigenthümlichkeit es ja überhaupt ist, Besitz und Interdiktenrecht identisch zu setzen und selbst das letztere nur bei geschehener Verletzung anzuerkennen, entlehnt den Grund des Besitzes aus dem Rechte der Nichtbesitzer. Er sagt S. 30:

> Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdikt aufgehoben werden soll.

Der Grund der Anerkennung des Besitzrechtes wird also entnommen aus der Pönalklage des entsetzten oder gestörten Besitzers. In derselben Weise könnte man das Recht der unverletzten Persönlichkeit aus der auf den Mord gesetzten Strafe, das Recht des Eigenthums aus der Strafe des Diebstahls herleiten [4]), während doch umgekehrt eine Pönalklage nur dann eintreten kann, wo ein Recht verletzt ist. [5]) Wie die Verletzung eines bloßen Faktums bloß durch die Verletzung sich in eine Rechtsverletzung umzuwandeln vermag, wird die Savigny'sche Schule nie zu erklären im Stande sein. Wenn Randa S. 235 behauptet, Besitzesschutz erscheine als ein Ausfluß der Rechtsforderung, daß jedwede eigenmächtig, d. i. nicht in Form Rechtens vor sich gehende Verletzung des bethätigten fremden Willens untersagt sei, und Uebertretung dieses Verbots civilrechtlich verantwortlich mache, so verfällt er unvermerkt in den

---

[4]) S. 58 nennt Savigny die Besitzvortheile das Interesse der verübten Gewalt. Gerade ebenso könnte man das Recht der unverletzten Persönlichkeit aus dem Interesse herleiten, welches der Mensch an seinem Morde hat.

[5]) So sagt auch Randa S. 275: „An sich könnte Gewalt nur soweit als rechtswidrig erscheinen, als ein Recht verletzt wird.“ — Damit scheint freilich nicht übereinzustimmen, daß er S. 285 die Verletzung des Willens, welcher letzterer doch auch nur ein thatsächlicher sein soll, für eine Rechtsverletzung erklärt.

Fehler der Savigny'schen Deduktion, ein Recht aus seiner Verletzung begründen zu wollen. Ich habe aber das Recht gegen die Gewalt, gegen die Klage des vorläufigen Rechts, gegen die Klage des definitiven Rechts zu behalten, auch bevor ich dejizirt oder durch Klage angegriffen bin. Erst die Verletzung dieses Rechts erzeugt die Pönalklage.

Nicht einmal das vorläufige Recht hat Savigny bei seinen Deduktionen umfaßt und noch viel weniger begründet. Das vorläufige Recht zu behalten (das interdictum uti poss.) hat seiner Natur nach mit einer bereits geschehenen Gewalt nichts zu schaffen. Nur das vorläufige Rückforderungsrecht wird zweckmäßig auf den Fall des Delikts beschränkt, wenngleich eine absolute Nothwendigkeit hierzu nicht vorliegt. Nur daraus, daß das gemeinrechtliche interd. uti poss. nichts weiter ist, als ein auf die partielle Störung erweitertes interd. unde vi, läßt sich die Savigny'sche Deduktion begreifen. Die interdicta adip. poss. mußte aber Savigny selbstverständlich aus der Reihe der Klagen des vorläufigen Rechts verweisen. Er sagt S. 384 in Bezug auf dieselben:

> Der entscheidendste Grund endlich gegen die gewöhnliche Zusammenstellung ist dieser: die wahren possessorischen Interdikte gründen sich auf Delikte.

Nun ist es freilich unrichtig, daß die Rechtsmittel des Rechts vorläufig zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern auf Delikte gegründet sind. Die interdicta adipiscendae possessionis gehören zum vorläufigen Rechte und sind nur deshalb nicht als Schutzmittel des Besitzes aufzufassen, weil sie weder vorhandenen, noch aufgehobenen Besitz voraussetzen, vielmehr durch sie der Besitz erst erlangt wird.

Dagegen ist es das von der Gegenwart nicht mehr genügend gewürdigte Verdienst Savigny's gewesen, daß er die Lehre vom vorläufigen Rechte, welche jeglichen Damm zerrissen hatte, wieder in ihr altes Bett zurückgeführt hat, wenn er auch die Grenzen nicht immer richtig bestimmt haben mag; es ist sein Verdienst, daß er jener Auffassung entgegentrat, die auf Grund des can. Redint. und des can. Saepe nicht bloß das Erforderniß der Gewalt, sondern sämmtliche von den Römern so scharf begrenzten Erfordernisse der Rückforderungsklage des vorläufigen Rechts verflüchtigte. Ist es wirklich wahr, daß die vorläufige Rückforderungsklage auf jede injusta causa und gegen jeden dritten Besitzer begründet werden könne, so ist sie auch gerade durch diese ihre Erweiterung als Klage des vorläufigen Rechts aufgehoben und sinkt in das selbstgeschaffene Grab. Dann wird eben injusta causa der injusta causa entgegengesetzt, bis man zum definitiv Berechtigten gelangt; eine Klage des vorläufigen Rechts giebt es überhaupt nicht

mehr, sondern nur noch eine Klage des definitiven wenn auch relativen Rechts. Dabei kann man denn allerdings in beliebiger Weise den Prozeß in seine Theile zerlegen und so wieder eine Unzahl von Rechtsmitteln vorläufigen Rechts bilden, die praktisch keinen Werth haben. Das Charakteristische des vorläufigen Rückforderungs- und Forderungsrechts liegt in seiner Beschränkung auf bestimmte Fälle, und schon Savigny ist zu weit gegangen, indem er das von ihm wahrscheinlich erfundene interd. de clandestina poss. und das interd. de prec. den Rechtsmitteln vorläufigen Rechts ohne Weiteres zur Seite stellte, während sie den Einwand des Eigenthums zulassen.

Das definitive aber relative Rückforderungs- und Forderungsrecht spottet von vornherein jedes Versuchs, es auf das Erforderniß der Gewalt oder des Delikts zu stellen. Das interdict. de precario, die Besitzkondiktionen, die publizianische Klage des römischen Rechts, die allgemeine Rückforderungsklage des deutschen Rechts haben noch nie ausschließlich ein Delikt zur Voraussetzung gehabt. Wenn Savigny S. 31 das interd. de precario darauf gründen will, daß es an sich unrecht ist, den guten Willen des Anderen zu mißbrauchen, so übersieht er, daß der precario rogatus auch dann das relative Rückforderungsrecht hat, wenn sein guter Wille noch nie gemißbraucht ist. Von seinem Standpunkte aus konnte sich freilich Savigny den Blick für die reiche Entwicklung des relativen Rückforderungsrechtes nicht offen erhalten, und deshalb ist der von Ihering erhobene Vorwurf nicht ganz unbegründet, daß er von der Idee ausgehe, daß die Welt über das interdict. unde vi des römischen Prätors nicht hinausgehen dürfe, daß vielmehr dies prätorische Edikt für ewige Zeiten den Kanon des juristisch Denkbaren und Zulässigen abgebe. Das relative Forderungsrecht endlich gründet sich auf den Vertrag, und es wird keiner Gesetzgebung möglich sein, diesem Rechte die Anerkennung zu verweigern, da der Einwand des Verpflichteten, daß die Sache einem Dritten gehöre, Kläger also so wie so kein absolutes Recht an derselben erwerben könne, noch stets für unzulässig erachtet worden ist.

Der Versuch Savigny's, Besitz-, Interdiktenrecht und womöglich relatives Recht auf Delikte zu gründen, hängt mit der ihm eigenthümlichen Verwechslung des Besitzes mit dem Interdiktenrechte zusammen und läuft schließlich darauf hinaus, daß er eine Bedingung der zum Schutze des Besitzes bestimmten Pönal- und Ersatzklage zum Grunde desselben erhebt. Allerdings entsteht diese ex maleficio; denn es wäre ganz wunderbar, wenn der Besitz besser geschützt werden sollte als das Eigenthum, das unvollkommene Recht besser als das vollkommene; aber

auch insofern ist Savigny nicht glücklich in der Wahl gewesen, als er eine nicht einmal dem interd. unde vi eigenthümliche Eigenschaft herausgreift. Dolus, culpa, überhaupt Verschulden ist die Voraussetzung jeder Pönal- und Schadensersatzklage. Savigny wird durch seine Begründung der Besitzlehre zu der ganz unhaltbaren Auffassung gedrängt, als wenn bei allen Rechten, bei welchen eine gewaltsame Störung der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, auch Besitz anzunehmen sei;[6]) denn Rechte deren gewaltsame Störung nicht denkbar ist, giebt es kaum. Das Charakteristische der Pönal- und Schadensersatzklage aus dem bloßen Besitze ist es aber, daß sie nur für bestimmte konkrete Fälle gegeben ist (interdict. unde vi, Quod vi aut clam, die Schadensersatzklage aus dem interd. uti poss.) und daß sie ein vorhergehendes definitives Interesse nicht zur Voraussetzung hat, daß vielmehr dieses erst aus der Verletzung entstehen kann, indem z. B. auch der gewaltsame und malae fidei possessor, der vorher kein Recht hatte, die Sache zu benutzen, aus der Entsetzung eine Schadensersatzklage wegen alles desjenigen erhält, was er ohne dieselbe gehabt haben würde, und man aus der Dejektion das Recht erwirbt, die Sache vorläufig zu behalten und nach der l. 7 C. unde vi sogar das Eigenthum.

Wie die erste Schule die Bedingungen des Besitzes und der possessorischen Rechte als den Grund derselben auffaßt — und wir haben gesehen, daß dabei fast alle möglichen Kombinationen erschöpft sind, indem nicht bloß die den Besitz selbst in der Regel bedingenden Momente, sondern auch die Bedingungen der Pönal- und Restitutionsklagen herbeigezogen werden, — so findet die zweite Schule den Grund des Besitzes und der possessorischen Rechte in der Anerkennung, welche die thatsächlichen Bedingungen finden, wobei jedoch zu konstatiren ist, daß auch die Anhänger der ersten Schule es nicht vermocht haben, die Begründung aus dem bloßen Faktum festzuhalten.

Schon Rudorff findet den Grund des Besitzes in einem rechtlichen Momente, dem Verbote der Selbsthülfe. Damit ist wohl gemeint, daß der Besitz das Recht sei, gegen die Gewalt zu behalten, aber der Erklärungsversuch ist insofern unrichtig, als ja der Besitzer das Recht hat, sich der Selbsthülfe zu bedienen, also überhaupt nicht jede Selbsthülfe verboten ist, und die Erklärung ist insofern zu eng gefaßt, als der Besitzer nicht bloß gegenüber der Selbsthülfe des definitiv Berechtigten, sondern jeder Gewalt gegenüber behalten darf. Viel richtiger sagt Savigny:

---

[6]) S. 192.

„Wer bloß den Besitz einer Sache hat, hat das Recht, von Jedem zu fordern, daß er überhaupt keine Gewalt gegen ihn brauche,"

nur ist damit zugegeben, daß der Besitz in Wahrheit ein Recht sei.

Man spricht ferner von vorläufigem (interimistischem, provisorischem), relativem, vermuthetem (wahrscheinlichem, möglichem), anfangendem Eigenthum. Alle diese Erklärungsversuche kehren einseitig eine Eigenschaft des Besitzrechtes hervor, und insofern ist gegen sie, wenn sie die Verwechslung mit dem wirklichen Eigenthum vermeiden, nichts einzuwenden, sie sind aber weit davon entfernt, den Grund der Anerkennung des Besitzrechts aufzudecken. Man kann doch unmöglich sagen, das Besitzrecht, die rechtliche Anerkennung des faktischen Zustandes, folge aus der Anerkennung.

Dabei muß man sich aber hüten, eine Rechtsfunktion des Besitzes aus der anderen erklären zu wollen. Die ältere Theorie z. B. glaubt mit Unrecht Alles aus der Rechtsvermuthung rechtfertigen zu können, denn aus ihr folgt überhaupt nicht, daß der Besitz auch als vorläufiges und relatives Recht zu schützen sei. Die Rechtsvermuthung wird stets widerlegt durch das erwiesene Recht, und ist es dabei sogar gleichgültig, ob das Recht sofort liquide gestellt wird oder nicht. Aus demselben Grunde ist die Bemerkung Savigny's gegen die Theorie des anfangenden Eigenthums begründet, daß ja nicht allein der Usukapionsbesitz geschützt werde, S. 61.

Man kann wohl Bruns (S. 488) darin beitreten, daß die Rechtsfunktionen des Besitzes noch am besten von Paulus in der l. 2 D. uti poss., wenn auch nicht erklärt, so doch zusammengefaßt werden:

qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet;

l. 128 de R. I. 50. 17:

in pari causa possessor potior haberi debet;

l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7. 7 (Ulpian):

vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Puchta § 122 S. 185 drückt dies treffend dahin aus, daß der Besitz zu einem Rechtsverhältniß erhoben worden, so daß der Besitzer um des Besitzes willen ein Berechtigter sei. Freilich ist der Satz, daß der Besitzer mehr Recht habe, als der Nichtbesitzer bei etwaiger allgemeiner Anwendung sogar falsch und muß im Sinne der l. 128 l. c. dahin beschränkt werden, daß wenn Zwei dasselbe Recht ansprechen, ohne Beweis oder bei gleicher Lage des Beweises, der Besitz zu Gunsten des Besitzers den Ausschlag giebt, auch sagt Paulus überhaupt nicht, worin denn die Rechte des Besitzes bestehen sollen, dennoch lassen sich aus dem Aus-

spruche desselben gerade wegen seiner Allgemeinheit alle Besitzrechte deduziren, daß er gegen die Gewalt und die vorläufige Klage des Berechtigten, sowie gegen den Unberechtigten überhaupt geschützt werden soll, daß ihm gegenüber die Behauptung des Rechts erst zu erweisen ist, während der Besitzer eines Beweises nicht bedarf.

Geradezu falsch aber ist es, wenn Ihering den Besitz als eine Eigenthumsposition, den Schutz desselben als Ergänzung des Eigenthumsschutzes bezeichnet. Die unvollkommenen und vollkommenen Rechte sind natürliche Gegensätze, und es ist ein logischer Widerspruch, die ersteren mit dem Inhalte und dem Schutze des vollkommenen Rechts ausstatten oder sie auseinander herleiten zu wollen.

Aber weder die thatsächlichen Bedingungen noch die rechtliche Anerkennung, welche diese finden, können u. E. als Grund des Besitzes und der possessorischen Rechte aufgefaßt werden, denn die Aufstellung der ersteren zeigt nur, wann der Besitz anerkannt und geschützt wird; die Lehre von der rechtlichen Anerkennung zeigt eben nur, daß er anerkannt und geschützt wird. Frage ist aber gerade, weshalb neben dem vollkommenen Rechte noch ein unvollkommenes, ein vorläufiges, relatives, vermuthetes Recht zu behalten anerkannt wird, weshalb dieses verknüpft wird mit den vom positiven Gesetze aufgestellten Bedingungen. Die Antwort auf diese Frage kann nur außerhalb des Besitzes selbst gesucht werden; denn vorausgesetzt, daß es überhaupt eine Ursache giebt, ist diese etwas Anderes als die Wirkung. Wenn man von absoluten Theorien spricht, nach denen der Besitz seiner selbst wegen geschützt werden soll, nach denen das Besitzrecht ein ebenso kategorischer Imperativ wie das Strafrecht ist, so können wir darin nur einen in ein philosophisches Gewand gehüllten Verzicht auf Erforschung des Grundes erblicken.

Schon Savigny hat den Grund der Anerkennung des Besitzrechtes außerhalb desselben gesucht. Er sagt S. 30:

> Die Störung des Besitzes kann nur dadurch zu einer Rechtsverletzung werden, daß sie ein anderes Recht mit verletzt.[7])

S. 56 spricht er ferner von dem Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liege. In dem Rechte der Persönlichkeit wird also der Grund des Besitzesschutzes gefunden. Diese Auffassung ist aber weder

---

[7]) Puchta § 122: „Der Besitzer, der in seinem Besitze als solchem geschützt sein will, gründet sein Verlangen nicht auf sein Eigenthum ... sondern auf seine Persönlichkeit, die in dem Besitz thätig geworden ist." — Richtig dürfte hieran nur sein, daß jedes Recht, also auch das Vermögensrecht und der Besitz des Menschen wegen aufgestellt ist.

logisch begründet, noch römisch. Aus der Verletzung der Persönlichkeit sind verschiedene Pönal- und Schadensersatzklagen gegeben, und wenn die Besitzverletzung nur als Verletzung der Persönlichkeit in Betracht gezogen würde, bedürfte es possessorischer Klagen am allerwenigsten. Gerade die Römer aber haben die Grenzen zwischen den Klagen aus dem verletzten Vermögensrechte und aus dem verletzten Personenrechte sehr scharf gezogen. Aus diesem Grunde wurde dem Cäcina gerathen, die Injurienklage anzustellen, weil die Verletzung eines Besitzrechts bestritten wurde und zweifelhaft war:

> monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas, quod ipse ante dixit, injuriarum,

aus diesem Grunde verweist die l. 12 § 2 quod metus causa 4. 2 für einen Fall, wo ein Vermögensrecht nicht in Rede kommt, auf die lex Julia de vi:

> hoc Edicto non teneri propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit; quamvis negari non possit, in Juliam de vi eum incidisse et jus crediti amisisse.

Ihering erblickt in dem Besitzesschutze eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zugute kommt. Zweck der Besitzlehre und namentlich der Erweiterung derselben soll es daher vermuthlich sein, dem Eigenthümer eine Beweiserleichterung zu verschaffen. Es hat aber wohl noch Niemand daran gezweifelt, daß der Besitzer bei feststehendem Besitzstand niemals einen Beweis zu führen gehabt hat, daß ihm stets sein Unrecht nachgewiesen werden mußte. Daher rechtfertigt Ihering, ähnlich wie Savigny, nicht das Recht des Besitzers, sondern das der Nichtbesitzer, die Rückforderungsklage, und auch für dieses ist seine Begründung mangelhaft. Aus dem Zwecke der Beweiserleichterung würde es sich rechtfertigen, daß man die der Klage entgegengesetzte Behauptung eigenen oder fremden Rechts zur Einrede macht; schneidet man sie aber ganz ab, so würde man weit über das vorgesteckte Ziel hinausschießen und den angeblichen Grund einfach aufopfern.[8]) Auch ist der s. g. diabolische Eigenthumsbeweis wahrscheinlich nur eine Phantasie der Glossatoren, und es ist nur anzuerkennen, daß Ihering auf dem geschichtlichen Boden des kanonischen Rechts steht; denn auch im can. Saepe wird die

[8]) Das kanonische Recht verbindet in Folge dessen petitorium und possessorium und läßt die Einreden des definitiven Rechts, wenigstens soweit sie liquid sind, zu: cap. 3. 4. 6 X de causa possessionis et proprietatis 2. 12, „una sententia debet terminari."

Einführung des relativen Rückforderungsrechtes mit der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises gerechtfertigt.

Am Entschiedensten müssen wir uns aber gegen eine Theorie verwahren, welche den Besitzschutz mindestens in seiner späteren Entwickelung als eine Form des Schutzes des definitiven Rechts auffaßt, ihn nur erklärlich findet vermöge des aus dem Besitze auf das definitive Recht zu machenden Schlusses und alle unvollkommenen Rechte neben dem Eigenthume für eine üble Zugabe, für eine Abnormität des Rechts erklärt. Wie Alles in der modernen Literatur, Irrthum und Wahrheit, auf Savigny zurückzuführen ist, so ist auch diese Theorie von ihm angebahnt, indem er § 12. a die historische Veranlassung der Aufstellung der Interdikte in dem mangelhaften Schutze für die Nutzungsrechte am ager publicus findet. In der That gipfelt aber in dieser Theorie die mittelalterliche Verwechselung von eigentlichem Besitze, vorläufigem definitivem, absolutem und relativem Rechte; vollkommene und unvollkommene Rechte laufen direkt in einander, denn davon, daß man die letzteren überhaupt beseitigen könnte, kann gar keine Rede sein. Anstatt die im modernen Rechte angerichtete Verwirrung zu zerstören, wirft man dem römischen Prätor Irrthum und Ignoranz vor, da er trotz seiner Absicht, die Unvollkommenheit des definitiven absoluten Rechts zu ergänzen, in den unvollkommenen Rechten eine üble Zugabe, eine Abnormität geschaffen hat.

Zwar ist es richtig, daß der Prätor die Interdikte auch zur Korrektur des Civilrechts verwendet hat, indem er die von ihm Begünstigten in den Besitz setzte und die Civilklage demnächst verweigerte. So ist es nicht unwahrscheinlich, daß der possessor des ager publicus außer den Interdikten zunächst keinen Schutz gehabt hat (l. 15 § 1 qui satisd.), ja daß ihm gerade wegen der Mangelhaftigkeit seines Rechts nur eine possessio zugeschrieben wurde, l. 115 de V. S:

possessio ergo usus, ager proprietas loci est.[9])

So ist es ferner für wahrscheinlich zu erachten, daß mit dem interdictum Quorum bonorum (43. 2) das prätorische Erbrecht eingeführt ist, indem der Prätor seine Erben in den Besitz setzte und zwar die Erbschaftsklage nicht aufhob, sie aber in ihrem Erfolge vereitelte (hereditatis petitio sine re). Es läßt sich endlich nicht in Abrede stellen, daß das interdictum de precario zunächst die einzige Klage des precario dans gewesen ist, und daß wegen des Mangels der Civilklage das interdictum wesentlich eingeführt ist, l. 14 de precario. Zwar haben die Römer jedes

[9]) Gaius II. § 7:
in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.

unvollkommene, und so auch das sich erst bildende definitive Recht Besitz genannt, sobald es aber die Vollkommenheit erreicht hatte, wurde es von der Besitzlehre ausgeschieden, wie dies z. B. mit der possessoria hereditatis petitio und theilweise auch mit der actio publiciana (lib. V. tit. 5, lib. VI tit. 2 der Digesten) geschehen ist. In der Besitzlehre wurden nur und zwar mit vollem Bewußtsein und aus logischen Gründen die unvollkommenen Rechte festgehalten, die abgesehen von jedem absoluten und definitiven Rechte anerkannt und geschützt wurden. Denn wer wollte es den unzähligen Quellenzeugnissen gegenüber mit Erfolg leugnen, daß die Absicht der Römer gerade darauf gegangen ist, das unvollkommene Recht doch auch anzuerkennen und zu schützen? Von denjenigen Rechten, die neben dem Eigenthum die größtmöglichste Vollkommenheit erlangt hatten, wurde gesagt, daß sie dem Eigenthum näher stehen, als dem Besitze, im römischen Rechte ist der Scheidungsprozeß zwischen den einzelnen Rechten angebahnt und fast vollendet, das Mittelalter hat alle Unterscheidungen wieder über den Haufen geworfen, und dies ist denn auch der Standpunkt der neuesten Besitzliteratur.

Es ist aber der Besitz der Grundpfeiler des Rechtsstaates, Bedingung, Anfang und Zweck jedes Vermögensrechtes. Kein Vermögensrecht ist denkbar ohne mit ihm sich deckenden oder entgegentretenden Besitz. Würde den Rückforderungs- und Forderungsrechten gegenüber, die mit der Klage des definitiven Rechts erst geltend zu machen sind, kein unvollkommenes Recht zu behalten anerkannt, so würden auch sie zusammenbrechen. Es gäbe keine Vindikation, keine actio publiciana, kein Forderungsrecht und keine Obligation, alle Rechte würden sich in ein wüstes Durcheinander auflösen, und der Krieg Aller gegen Alle wäre erklärt. Daher ist die Besitzlehre der Gradmesser der Rechtsentwickelung, und von einem Rechtsstaate kann keine Rede sein, wo nicht auch der bloße Besitz als Recht gegen die Gewalt und vorläufig zu behalten anerkannt wird. Erst wenn eine Sache in Besitz genommen ist, kann sich ein Recht zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern bilden, und so bleibt der Besitz auch jetzt der Anfang und die Bedingung jedes materiellen Vermögensrechtes, l. 1 § 1 D. de poss. Jedes Vermögensrecht strebt ferner dahin, sich zum unmittelbaren zu steigern. Wenn man daher lehrt, daß bei der modernen Rechtsentwickelung die Besitzlehre überflüssig geworden sei, so möge man sich vorsehen, daß man nicht das ganze Recht aus seinen Angeln hebt.

Das thatsächliche Verhältniß, welches dem Besitzrechte entspricht, findet der Gesetzgeber einfach vor. Es ist ein gegebenes Lebensverhältniß, da thatsächlich viele Personen in Grundstücken sind, bewegliche

Sachen in ihrer Gewahrsam haben, auf sie einwirken und trotz ihres definitiven Unrechts nicht herausgeben wollen. An den Gesetzgeber tritt lediglich die Frage heran, ob er derartige Personen für vogelfrei erklären will. Thäte er es, so würde er das ganze Rechtssystem zu Grunde richten.

Gerade weil der Besitz das alles Vermögensrecht bedingende Zentrum ist, muß er gegen jeden Willen aufrecht erhalten werden, dessen höhere Berechtigung noch nicht nachgewiesen ist. Wäre, wie Windscheid S. 401 sagt, der Wille als solcher gerade so viel werth, wie jeder Einzelwille, und würde der Besitz zwischen den einzelnen Willen nicht den Ausschlag geben, so würde er nach den Ansprüchen, die an ihn gemacht werden, ohne Weiteres auseinanderfliegen. Der Rechtsstaat kann aber unmöglich einen derartigen Zustand dulden; er ist gezwungen, den Besitz als Recht gegen die Gewalt zu behalten, als Recht vorläufig zu behalten, als relatives Recht gegen die Unberechtigten und als vermuthetes Recht anzuerkennen. Da aber der bloße Besitzer kein definitives Recht an der Sache zu haben braucht, sogar wegen seines schlechten Glaubens durch Ausübung des Besitzes sich verantwortlich machen kann, und man so überhaupt nicht behaupten darf, daß der bloße Besitzer als solcher ein ökonomisches oder rechtliches Interesse [10]) an der Sache habe, so hat die Gesellschaft Rechtsmittel aufzustellen, durch welche der bloße Besitz gebrochen wird, d. h. er ist als halbes Recht, als halbes Unrecht zu konstruiren.

Daß neben dem unvollkommenen Rechte zu behalten noch ein vorläufiges Rückforderungs- oder Forderungsrecht anerkannt wird, dürfte eine legislative Nothwendigkeit wohl nicht sein. Man kann sich damit begnügen, den Besitz nur durch Pönalklagen oder durch das Strafrecht zu schützen, Rückforderung und Forderung aber nur aus dem definitiven Rechte zu gestatten. Jedoch dürfte es sehr praktisch sein, den Besitzer nicht unter allen Umständen vorläufig im Besitze der Sache zu belassen, und gerade im Interesse des Kredits und eines schnellen Rechtsverfahrens drängt die Gegenwart auf die Konstruktion vorläufiger Forderungsrechte.

Dagegen wird sich kein Gesetzgeber der Aufgabe entziehen können, auch die relativen Rechte der Nichtbesitzer anzuerkennen. Das absolute Recht zu erkennen ist dem Menschen überhaupt unmöglich, und der Richter ist nur angewiesen, das Recht zwischen den Parteien zu finden. Schon die Römer haben daher, wenn auch in beschränkter Weise, ein relatives Rückforderungsrecht konstruirt; beim Forderungsrecht haben

[10]) conf. Stahl, die Philosophie des Rechts Bd. 2 Abth. 1 S. 364 ff., Jhering Seite 42.

aber auch sie niemals danach gefragt, ob es absoluten oder relativen Charakter an sich trage. Der Einwand des Verpflichteten, daß ein Dritter Eigenthümer der Sache sei, Kläger also doch kein absolutes Recht an der Sache erlangen könne, war stets ausgeschlossen. Jedes Recht wird sich ferner der Nothwendigkeit unterwerfen müssen, mit Rechtsvermuthungen zu operiren.

Die neuere Zeit hat ein zweites Zentrum für die Rechte ausgebildet, das Recht aus der Eintragung. Wie um den Besitz die Rechte, den Besitz zu behalten, zurückzufordern und zu fordern, so gruppiren sich um dieses die Rechte, die Eintragung zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern. Ohne die Eintragung selbst wären sie ebenfalls undenkbar. Diese Rechte haben aber nur einen formellen Charakter, und ihre Eigenthümlichkeit ist es, daß sie sich mit dem materiellen Rechte stets vereinigen. Wer das materielle Recht an der Sache hat, hat auch das Recht, die Eintragung zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern. Nur in dieser Weise läßt sich der Verwirrung zwischen materiellem und formalem Recht vorbeugen. Dagegen scheint uns die moderne Literatur noch nicht ganz klar darüber geworden zu sein, daß man mit zwei Zentren zu operiren hat. Während die alte preußische Hypothekenordnung das Recht aus der Eintragung zu Gunsten des Besitzes beeinträchtigte, ist man in der Gegenwart auf den u. E. noch viel unhaltbareren Gedanken gekommen, zu Gunsten des formalen Rechts das materielle zu vernichten.

Erwerb und Verlust des Besitzes.

§ 11. Erwerb des Besitzes.

Da die herrschende Theorie den Besitz für ein Faktum erachtet, welches aus corpus und animus besteht, so scheint es selbstverständlich, daß er durch die Vereinigung dieser Momente entstehen muß.[1]) Wenn die Schule Savigny's freilich von einem Erwerbe des Besitzes spricht, so dürfte dies nicht ganz mit der eigenen Theorie von der faktischen Natur des Besitzes übereinstimmen, da Fakta nicht erworben werden.

Uebrigens läßt sich der Satz, daß der Besitz corpore et animo er-

[1]) Randa S. 314: „Durch den Begriff des Besitzes als thatsächlicher Beherrschung einer Sache mit dem Eigenthumswillen sind bereits die Erfordernisse des Besitzerwerbes gegeben."

worden werde, nicht in Frage stellen, da er von den Römern in voller Klarheit hingestellt ist, l. 3 § 1 h. t.:

> adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Paul. sent. rec. V. 2 § 1, l. 8 D. de poss., l. 30 § 5 eodem, l. 153 de R. J.

Die Frage bleibt aber, was man unter diesem Ausspruche versteht.

Die ältere Theorie faßte das corpus im hohen Grade realistisch auf: Ergreifen mit der Hand bei beweglichen Sachen und Betreten mit den Füßen bei Grundstücken. Da aber dieser Auffassung sich die Aussprüche der Römer in keiner Weise unterordnen ließen, —

> quamquam id nemo dum attigerit, l. 18 § 2 de poss.
>
> Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, l. 1 § 21 de poss. —

so war wenigstens der Anstoß zu der wenig klaren Bildung der symbolischen Tradition gegeben, durch welche man im Rechtssinne Besitzer werden konnte, ohne es in Wirklichkeit zu sein.

Hiergegen ist die Opposition Savigny's gerichtet, er beabsichtigt, durch die Dehnung des Begriffs vom corpus die im römischen Rechte erwähnten Fälle einzuschließen, welche die ältere Doktrin unter der Bezeichnung der symbolischen Tradition zusammenfaßte[2]) (Besichtigung des Grundstücks vom Thurme des Nachbargrundstücks, l. 18 § 2 de poss., Uebergabe der Schlüssel bei der mit den verkauften Gegenständen gefüllten Scheune, l. 9 § 6 de acq. rer. dom. 41. 1, l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 § 21 de poss., das zum Zwecke der Uebergabe vorgenommene Zeichnen der verkauften Balken, l. 14 § 1 de peric. et commodo 18. 6 u. s. w.) und dadurch der Lehre von der symbolischen Tradition selbst jeden Boden zu entziehen. Er definirt das corpus als

> „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Einwirkung auf sie auszuschließen." S. 210[3]).

Körperliche Gegenwart soll das sein, was die willkürliche Behandlung der Sache möglich macht, S. 214, in der persönlichen, unmittelbaren Gegenwart soll das eigentliche Faktum liegen, wodurch der Besitz einer unbeweglichen und beweglichen Sache erworben werde. S. 215. 216.

---

[2]) Savigny S. 236: „Damit sind zugleich alle fingirten Apprehensionen aufgehoben, weil alle die Fälle, in welchen man eine solche nach willkürlichen Voraussetzungen annahm, ohne Ausnahme unter dem Begriff der natürlichen Apprehension enthalten sind."

[3]) Windscheid § 153 S. 418: „Es genügt ein solches Verhältniß der Person zur Sache, welches die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit gewährt, nach Belieben auf die Sache einzuwirken."

Aber wie große Bewunderung die Darstellung Savigny's gefunden hat, dennoch scheint sie dem scharfen Angriffe zu erliegen, den Ihering gegen sie gerichtet hat. Gegen die Theorie Savigny's sind folgende Einwendungen zu erheben:

a) Sie erhebt eine Art des Besitzerwerbes, die Apprehension, zum ausschließlichen Erwerbsakte. Die Römer lehren aber im Gegensatze dazu, daß es so viele Erwerbsakte vom Besitz giebt, wie vom Eigenthum. l. 3 § 21 D. de poss.

b) Das einzige positive und bestimmte Element, welches die Savigny'sche Theorie für den Besitzerwerb aufstellt, die Gegenwart des Erwerbers bei der Sache ist ein nicht nothwendiges Erforderniß des Besitzerwerbes, sondern nur der Apprehension.

Freilich dürfte die Behauptung Ihering's S. 163:

„Die Möglichkeit der unmittelbaren physischen Einwirkung kann also unmöglich ein absolutes Erforderniß der Apprehension sein" . . .[4])

zu weit gehen, denn wie Jemand eine Sache apprehendiren, also ergreifen kann, ohne sich in ihrer unmittelbaren Nähe zu befinden, leuchtet nicht ein, auch ist richtig, daß die Römer auf die Gegenwart als ein Moment der Apprehension bedeutendes Gewicht legen, l. 1 § 21 de poss.:

nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint;

Von einer Apprehension läßt sich füglich nur dann sprechen, wenn der Besitzerwerber das Grundstück okkupirt, sich realiter tradiren läßt, die bewegliche Sache selbst in seine Gewahrsam schafft. Aber es giebt, abgesehen von den zweifelhaften Bestimmungen der l. 1 C. de donat. 8. 54, l. 1 § 21 de poss., l. 9 § 6 de A. R. D. 41. 1,[5]) in denen, wie Ihering S. 162 mit Recht hervorhebt, die Unterstellung der Gegenwart doch nicht so selbstverständlich sein dürfte, viele unzweifelhafte Fälle, in denen sich der Besitzerwerb, wenn auch nicht die Apprehension, ohne Gegenwart vollzieht. Die Apprehension ist eben nicht das einzige corpus des Besitzerwerbes. Wir brauchen nicht dabei zu stehen, wenn Land an unsren Acker angespült wird, wenn die Früchte unsres Grundstücks separirt werden, wenn sich das Wild in der gelegten Schlinge

[4]) Richtiger heißt es S. 195: „Es ist verkehrt, wenn man den Besitzerwerb schlechthin auf den Apprehensionsakt des Besitzers stellt; dann läßt sich das Erforderniß der Gegenwart des Besitzers bei der Sache gar nicht umgehen . . . ."

[5]) Die l. 74 de contr. emt. 18. 1 fordert bei Uebergabe der Schlüssel die Gegenwart des Erwerbers beim Speicher und hebt ausdrücklich hervor, daß in diesem Falle Eigenthum und Besitz zugleich übergehe:

„quo facto emtor dominium et possessionem adipiscitur."

Die im Text zitirten Stellen erwähnen der Gegenwart nicht, heben aber (namentlich l. 9 § 6 de A. R. D.) nicht mit gleicher Energie hervor, daß auch Besitz erworben sei.

fängt, l. 55 D. de A. R. D., wenn von unsrer Sklavin oder unserm Hausthiere Junge geworfen oder Eier gelegt werden, wenn während unsrer Abwesenheit der Verkäufer die gekauften Sachen in unser Haus oder überhaupt in unsre custodia schafft, l. 18 § 2 de poss.,[6]) wenn der Verkäufer erklärt, von nun ab für uns besitzen zu wollen, und doch ist in allen diesen Fällen kein Zweifel, daß wir den Besitz erwerben, auch wenn sich die Sache nicht in unsrer Nähe befindet.

Goldschmidt (Handelsrecht Bd. I. Abth. 2 S. 1233) spricht deshalb von einer idealen (nicht aktuellen) gegenwärtigen Möglichkeit der beliebigen und ausschließlichen Einwirkung. Darunter läßt sich füglich nur eine gegenwärtige Möglichkeit verstehen, die eine solche eben nicht ist.[7]) Randa verfährt etwas vorsichtiger. Er fordert Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher körperlicher Verfügung über die Sache, zu deren Begründung der Natur der Sache zufolge regelmäßig unmittelbare Gegenwart vorausgesetzt werde, oft aber nicht einmal Gegenwart bei der Sache erforderlich sei (S. 316). Es soll wesentlich eine Thatfrage sein, welche Handlung im einzelnen Falle zur ausschließenden Herrschaft über die Sache, zum Besitze führt (S. 317). Damit ist der handgreifliche Widerspruch zugegeben, den Ihering S. 166 in der Savigny'schen Apprehensionstheorie rügt, daß bald die Anwesenheit erforderlich sei, bald nicht; und dadurch wird nichts gebessert, daß Randa (Note 11.a) bald einen Akt erfordert, welcher die Herrschaft über die Sache begründet, bald ihn für unnöthig erachtet, wenn sich die Sachen in unsrem geschlossenen Raume, z. B. am Boden, im Stalle befinden. Hierdurch ist ein neuer Widerspruch in die Savigny'sche Theorie hineingetragen und eigentlich zugestanden, daß die Möglichkeit physischer Herrschaft als corpus des Besitzerwerbes nicht immer genügend ist, indem in gewissen Fällen ein besonderer Akt gefordert wird, der in anderen wieder unnöthig ist. Ein die verschiedenen Fälle sondernder und begründender Rechtsgedanke wird vermißt, und mit der Aufgabe des Erfordernisses der Gegenwart stürzt auch die ausschließliche Herrschaft der Apprehensionstheorie zusammen, da eine Apprehension ohne Gegenwart nicht zu denken ist.

---

[6]) Richtig bemerkt Ihering S. 162: „Mit dem Erforderniß der persönlichen Gegenwart des Apprehendenten (Besitzerwerbers) bei der Sache steht die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch custodia in unvereinbarem Widerspruch." — Dagegen erblickt Randa nach dem Vorgange Savigny's zu Unrecht in der Apprehension das einzige corpus des Besitzerwerbes: „Das andere Moment, die thatsächliche Macht über die Sache erheischt einen körperlichen Akt, der diese Macht gewährt — eine Besitzergreifung, Apprehension."

[7]) Aehnlich äußert sich Randa über die Goldschmidt'sche Ansicht S. 317 Note 5.

c) Abgesehen von dem zweifelhaften Erfordernisse der Gegenwart ist die Savigny'sche Definition des corpus vollständig farblos und unbestimmt. Wann erlangen wir denn die Möglichkeit physischer Herrschaft? Ihering hat vollständig Recht: Die Möglichkeit physischer Herrschaft über den in meinem Hause eingemauerten Schatz, die während meiner Abwesenheit in meiner Wohnung niedergelegten Sachen, das in Schlingen und Fallen im Walde gefangene Wild, die von meinen Hühnern auf dem Nachbargrundstücke gelegten Eier ist keine größere als die über den in meinem Gartengrundstücke verborgenen Schatz, die an meinem Baume angesetzten Honigscheiben, den Waarenspeicher, dessen Schlüssel mir überschickt sind. Es ist nicht einzusehen, weshalb Savigny in jenen Fällen Besitzerwerb eintreten läßt, in diesen ihn leugnet. Uebrigens dürfte es mir recht schwer werden, auf die Sache einzuwirken, wenn ich gar nicht weiß, wo sie sich innerhalb meiner Gewahrsam befindet,[8]) wenn ich durch Krankheit an das Bett gefesselt darniederliege u. s. w., und doch ist dies Alles kein Hinderniß des Besitzes und Besitzerwerbes. Dagegen ist es etwas sehr Leichtes, auf ein Grundstück einzuwirken, wenn ich vor demselben stehe, und mich Niemand verhindert, dasselbe zu betreten. Ja, selbst den Besitzer kann ich in jedem Augenblicke hinauswerfen, wenn ich nur der Stärkere bin. In dieser realen Möglichkeit liegt aber niemals das corpus des Besitzerwerbes.

Die vollständige Unbestimmtheit seiner Begriffsbestimmung giebt denn Savigny auch selbst zu. Er sagt § 18 S. 237:

> „Worin liegt nun der Grund, warum in jenen Fällen kein Besitz erworben ist, wohl aber in diesen? offenbar bloß darin, daß die Möglichkeit, von der Sache völlig ausgeschlossen zu werden, noch *ehe* man sie *wirklich* in der Gewalt gehabt hat, in jenen Fällen sehr *nahe*, in diesen aber so *entfernt* ist, daß sie für das Bewußtsein des Besitzers völlig verschwindet."

Also nicht die Möglichkeit physischer Herrschaft an sich ist es, was den Besitzerwerb vermittelt, sondern die nähere oder entferntere Möglichkeit, und schließlich (S. 238) soll es das Kriterium des Besitzerwerbes sein, ob die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden könne.[9]) Entscheidend dürfte hiernach das sein,

---

[8]) conf. l. 3 § 13 de poss. in den Worten:
dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit . . . .

[9]) So sagt *Meischeider* S. 227: „Es kommt darauf an, daß ein Verhältniß

was der Erwerber sich denkt, und das corpus scheint fast ganz verflüchtigt. Vollständig zutreffend sind die Worte Ihering's S. 166:

„So läuft also die Savigny'sche Apprehensionstheorie auf handgreifliche Widersprüche hinaus, bald ist die Anwesenheit erforderlich, bald nicht, bald ist die Sicherheit der faktischen Herrschaft genügend, bald nicht — die Savigny'sche Deduktion akkomodirt sich ganz den konkreten Entscheidungen, die es zu erklären gilt, sie vergißt bei der zweiten, was sie bei der ersten gesagt hat."

d) Endlich verlangt Savigny zu Unrecht, daß der Besitzwille das corpus stets begleiten, sich in ihm realisiren müsse, während auch dies nur bei dem einen Erwerbsakte der Apprehension nothwendig ist, und sonst der Besitzwille dem corpus vorausgehen, es begleiten, ihm nachfolgen kann.

Ihering stellt S. 195 folgendes Prinzip auf:

„Der Eigenthümer der Sache soll sichtbar werden, omnia (?) ut dominum fecisse oportet,"

S. 199 verlangt er die thatsächliche Konstatirung der Eigenthumsabsicht.

An dieser Theorie ist auszusetzen,

a) daß sie zwei Erfordernisse als gleichbedeutend hinstellt, den Savigny'schen Apprehensionsbegriff (omnia ut dominum fecisse oportet) und den Eintritt der Sichtbarkeit des Eigenthums, Begriffe, die sich durchaus nicht decken, und daß nunmehr mit diesen Erfordernissen gewechselt wird, wie es gerade paßt, und ohne daß ein die verschiedenen Fälle trennender Rechtsgedanke ersichtlich wird.

Wir fragen zunächst: was ist das eigentliche Kriterium des Besitzerwerbes, die Sichtbarkeit des Eigenthums oder der Akt, wie ihn der Eigenthümer auszuüben pflegt? Beides ist durchaus nicht dasselbe. Die Kleider, die ich ruhig in meinem Schranke hängen habe, meine Sache, von der ich nicht weiß, wo sie sich innerhalb meiner Gewahrsam befindet, besitze ich dennoch, trotzdem ich keinen Akt als Eigenthümer über sie aus-

---

zwischen Person und Sache hergestellt wird, welches für die Person das Bewußtsein der aktuellen Macht über die Sache möglich macht."

Die äußerste Konsequenz des im Texte dargestellten Savigny'schen Gedankens zieht v. Liebe (Besitz als Recht in thesi), wenn er S. 14 behauptet, daß es nur auf die nackte Herrschaftsvorstellung ankomme, also auf den bloßen animus. S. 19 wird sogar der Besitz, dieses realste aller Rechtsverhältnisse, ein „geistiger Zustand" genannt. Ferner S. 95: Der „Thatbestand des Besitzes liegt in einem geistigen Zustande des Subjekts." Andrerseits wird aber trotzdem das corpus anerkannt. S. 9: „Erst in der That vermag der Wille sich rechtliche Achtung zu erwerben." S. 10: „Der nicht zur That gewordene Wille ist dunkel und gleichgültig." S. 69: „Die Sphäre des Besitzobjektes grenzt sich ab durch die Körperlichkeit."

übe bezw. auszuüben vermag. Wenn dagegen Sachen meines Nachbarn, welche im Garten oder Hofraum aufbewahrt zu werden pflegen, in meinen Garten oder Hofraum gefallen sind, so habe ich an ihnen keinen Besitz, trotzdem die Sichtbarkeit des äußeren Zustandes zu meinen Gunsten spricht. Ihering selbst verlangt S. 199, daß ich erst den Willen, sie mir anzueignen, thatsächlich an den Tag lege. Wenn der Ziegelfabrikant die bei ihm bestellten Steine auf meinen Bauplatz, der Verkäufer des Mistes letzteren auf meinen Acker, der Gärtner die Bäume in meinen Garten geschafft hat, wenn das Faß Wein in meiner Abwesenheit auf meiner Hausdiele abgeladen, das Bücherpacket auf meinen Vorplatz niedergelegt wird, wenn sich das Wild und die Fische mittelst der ausgestellten Fallen und ausgeworfenen Netze fangen, habe ich den Besitz erlangt auch dann, wenn ich mich um die Gegenstände nicht weiter kümmere, das Thier nicht auslöse, also dann, wenn ich zwar als Eigenthümer sichtbar geworden bin, aber keinen Akt des Eigenthümers ausübe? Liegt die Sache vielleicht dahin, daß ich durch den äußeren, sichtbaren Vorgang zwar Besitzer geworden bin, den Besitz aber wieder verliere, weil ich nicht auf die zweite Art, durch Ausübung eines Eigenthumsaktes, Besitzer geworden bin? Stehen wir nicht auch hier vor demselben dialektischen Schaukelspiel, das der Savigny'schen Theorie zum Vorwurfe gemacht wird? Bald ist die Sichtbarkeit des Eigenthums genügend, bald nicht, bald wird ein Akt, wie ihn der Eigenthümer auszuüben pflegt, verlangt, bald nicht.

b) daß durch die bloße Sichtbarkeit des Eigenthums, die custodia allein, niemals Besitz erworben wird.

Ihering selbst verlangt S. 199, daß ich erst den Willen, die Sache mir thatsächlich anzueigneu, manifestire.

c) daß die Ausführungen Ihering's mit seinem eigenen Prinzipe in Widerspruch stehen.

Ist in der That der Besitz Sichtbarkeit, Thatsächlichkeit, normale Lage des Eigenthums, so scheinen zwei Konsequenzen unabweisbar:

Besitz ist erworben, sobald die Sache zu mir in die normale Lage eines Eigenthümers kommt. Ohne daß eine derartige normale Lage kommt, ist kein Besitz denkbar.

Beide Konsequenzen sind unrichtig und werden von Ihering selbst verleugnet. Wenn auch die äußere Lage der Gegenstände auf mich als Eigenthümer hinweist, so brauche ich nur sie nicht besitzen zu wollen, und ich bin nicht Besitzer.[10]) Für den Besitzerwerb von Grundstücken

[10]) S. 180 spricht Ihering von dem Eingriffe in ein fremdes, dem Störer sicht-

verlangt Ihering nicht einmal die thatsächliche Konstatirung der Eigenthumsabsicht (S. 199), sondern es genügt ihm ein Akt, der den mit beiderseitigem Einverständniß erfolgenden Besitz- und Eigenthumsübergang konstatirt, d. h. der auf irgend eine Weise erklärte Wille. Da aber der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums bleiben soll, so gelangt man zu der widersprechenden Konsequenz, daß man Besitz durch den bloßen animus erwerben kann, ohne demnächst Besitzer zu sein, weil die Thatsächlichkeit des Eigenthums für den bloß animo erwerbenden nicht spricht.[11]) Die Ihering'sche Deduktion akkommodirt sich daher so wenig den konkreten Entscheidungen und gegebenen Verhältnissen, daß sie fast auf keinen Fall paßt.

Aber, was noch viel bedenklicher ist, selbst die Römer scheinen in der Bestimmung der Momente des Besitzerwerbes nicht sehr sicher zu sein. Sie fordern corpus und animus zum Besitzerwerbe, unterlassen es aber zu erklären, was sie sich unter diesen im hohen Grade bedenklichen Begriffen vorstellen. Bald erfordern sie die Gegenwart z. B. bei Uebergabe der Schlüssel l. 74 de contr. emt. 18. 1), bald nicht (l. 9 § 6 de A. R. D. 41. 1), der Begriff des corpus scheint auch bei ihnen ein sehr unbestimmter und stark verflüchtigt zu sein. Schon in der Uebernahme der Bewachung (l. 51 de poss.)[12]), in der Besichtigung von dem Thurme des Nachbarn (l. 18 § 2 eodem), in der Bezeichnung der überlassenen Balken (l. 14 § 1 de periculo et commodo) scheint ihnen ein genügendes corpus zu liegen, und bei der Erklärung der l. 1 C. de donat. 8. 54, nach welcher in der Uebergabe der Instrumente eine Uebergabe der Sklaven selbst liegen soll, befindet man sich in der peinlichsten Verlegenheit darüber, was als das corpus zu denken ist. Etwa die faktische Uebergabe der Instrumente? Aber diese stehen doch zum Sklaven selbst in keiner körperlichen Beziehung, und bei einer derartigen Interpretation würde sofort die symbolische Tradition quellenmäßig gerechtfertigt sein,

---

bar vor Augen liegendes Willensverhältniß eines Anderen. — Damit ist wohl zugegeben, daß die Thatsächlichkeit des Eigenthums noch nicht genügend ist.

[11]) Savigny geht bei seiner Theorie vom Besitzerwerbe von dem Erwerbe des Immobiliarbesitzes durch Apprehension aus und sucht in unrichtiger Konsequenz die dabei aufgestellten Grundsätze auf allen Gebieten durchzuführen; Ihering geht umgekehrt von dem Erwerbe des Mobiliarbesitzes aus, indem sich aber die dabei aufgestellten Grundsätze erst recht nicht verallgemeinern lassen, kommt er zu der ganz prinziplosen Theorie von dem Erwerbe des Immobiliarbesitzes durch Willenserklärung, die um so prinziploser erscheinen muß, wenn man seine eigene Theorie vom Besitze als der Thatsächlichkeit des Eigenthums akzeptirt.

[12]) Javolen äußert sich über diesen Fall dahin:
animi quodam genere possessio erit aestimanda.

nach der die wirklich vollzogene Uebergabe einer Sache die nicht vollzogene Uebergabe einer anderen vertritt. Savigny (ähnlich Randa S. 358 Note 54) glaubt den Knoten damit durchhauen zu können, daß er die Gegenwart der Sklaven voraussetzt.[13]) Damit verlöre freilich die l. 1 C. de don. jeden Sinn und jede Bedeutung. Soll denn der Kaiser wirklich reskribirt haben, daß in einer natürlich erfolgten Uebergabe wirklich eine Uebergabe zu erblicken ist?

Auch läßt es sich Angesichts der l. 18 pr. de poss. und der gemeinrechtlichen Praxis nicht leugnen, daß die bloße Willenserklärung, daß man für den Erwerber besitzen wolle, den Besitz überträgt; es ist nicht richtig, daß es einer neuen Besitzergreifung für den Erwerber bedarf, so daß die auch von Randa gebilligte Auffassung, als handle es sich hierbei um eine Besitzergreifung durch einen Repräsentanten, wenig berechtigt zu sein scheint. Denn während der Repräsentant doch wenigstens den Besitz an Stelle des Repräsentirten ergreifen muß, bedarf es hier bei dem constitutum possessorium der Apprehension überhaupt nicht mehr, die reine Willenserklärung des Veräußerers überträgt den Besitz.

Daher spricht man ganz offen davon, daß die Römer von einer rein materialistischen Auffassung zu einer mehr spiritualistischen fortgeschritten sind, und in der rein spiritualistischen Auffassung erblickt man, wie es scheint, das Ziel und das Ideal der Besitztheorie.[14])

Andererseits kennen wir wieder einen Besitzerwerb ohne den begleitenden Willen des Erwerbers. Es läßt sich nicht in Zweifel ziehen, daß wir die Anlandungen, die auf unserem Grundstücke separirten Früchte u. s. w., die von unserem Prokurator in Besitz genommenen Gegenstände ohne Bewußtsein und Willen besitzen, § 5 J. per quas pers. 2. 9:

> per procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus acquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem.

Also deshalb haben es die Römer mit solcher Energie betont, daß zum Besitzerwerbe beides, corpus und animus, nothwendig sei; deshalb haben sie in so feiner Kasuistik den Begriff des corpus und des animus ausgebildet, um zu dem Ergebniß zu gelangen, daß das corpus und der animus je nach den verschiedenen Fällen nothwendig und überflüssig sei. Schneidendere Gegensätze, eine größere Verwirrung der Begriffe

---

[13]) So schon die Glosse: Et traditis zu c. 1 de donat. — Noch willkürlicher ist es freilich, wenn Meischeider S. 253 gerade die Abwesenheit der Sklaven an einem dritten Orte unterstellt.

[14]) Ihering, Geist des römischen Rechts Th. II. Abth. 2 S. 413 ff. — Wie diese spiritualistische Auffassung zu dem Begriffe des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums stimmt, vermögen wir nicht einzusehen.

halten wir kaum für möglich, und das Resultat, welches Meischeider S. 244 dahin bestimmt, daß das Verhältniß des animus und des corpus von den römischen Juristen nicht begriffsmäßig klar erfaßt worden ist, daß dieselben mit den Begriffen animus und corpus in unsicherer Weise argumentiren, und daß mit der Art, wie sie diese Begriffe aufgefaßt oder doch ihrer Auffassung Ausdruck gegeben haben, die Resultate, zu denen sie gelangt sind, nicht überall im Einklang stehen, muß als ein ganz trostloses bezeichnet werden. Was kann es dem gegenüber helfen, wenn Ihering S. 189 auf Grund seiner Theorie glaubt sagen zu dürfen:

> „Das Dasein des Besitzes ist eine einfache Erfahrungsthatsache, eine Frage des täglichen Lebens, die jeder Bürger und Bauer beantworten kann?"

Denn wie kann man in einer Frage an das Verständniß des Laien appelliren, zu deren Lösung die ganze Kunst der Jurisprudenz nicht ausgereicht hat? [15]) Auch, glauben wir, würde man zu einer noch bunteren Besitztheorie gelangen, wenn man dem Bewußtsein des Laien ein entscheidendes Gewicht beilegen wollte, der ja unter Besitz bald das volle Eigenthum, bald die bloße Detention versteht.

Wunderbar ist übrigens das Endresultat, zu welchem die herrschende Theorie geführt worden ist, keineswegs. Denn wenn man, wie Savigny, den Besitz als rechtliches Nichts betrachtet, so ist es schon überhaupt widersprechend, Lehren über den Erwerb und Verlust desselben aufzustellen. Thut man es aber dennoch, so schweift man in's Unbestimmte, und es lassen sich die Behauptungen schwer widerlegen, da man nicht weiß, wo man die Sonde einsetzen soll. Die Theorie Iherings ist um nichts bestimmter; Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigenthums sind überhaupt keine Rechtsbegriffe, und auch von ihm erfahren wir nicht, welches Recht unter dem Namen „Besitz" eigentlich erworben werden soll. Das erste aber, was wir von jeder Theorie über den Erwerb des Besitzes fordern dürfen, ist, daß sie uns darüber Aufschluß giebt, welches Recht unter dem Namen Besitz erworben werden soll. Nur dann wird sich mit ihr rechten und rechnen lassen.

Der Besitz ist die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft über

---

[15]) S. 184 sagt Ihering dagegen: „Nicht da, wo im Sinne der Sprache ein Besitz vorliegt, ist der Besitzschutz zu gewähren, sondern wo letzterer zu ertheilen, sprechen wir Juristen von Besitz, einerlei ob der vulgäre Sprachgebrauch des Lebens damit übereinstimmt oder nicht." — Danach scheint der juristische Besitz doch wieder etwas Anderes zu sein als die Vorstellung des Laien.

die Sache. Der Besitzerwerb ist also der Anfang der Rechtsgarantien, welche die Möglichkeit körperlicher Herrschaft gewährleisten.

Die Römer haben positiv bestimmte Bedingungen vorgeschrieben, unter denen wir die vollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft erwerben. Wir könnten vom Eigenthum sprechen, wenn man nicht gewohnt wäre, darunter auch das unzerstörbare Rückforderungs- und Forderungsrecht zu verstehen, die doch insofern unvollkommen sind, als sie des Besitzes ermangeln.

Der bloße Besitz wird ebenso erworben wie das vollkommene Recht zu behalten; nur sind in Bezug auf das letztere eine Reihe civilrechtlicher Erfordernisse vorgeschrieben; beim Besitzerwerbe wird von diesen Erfordernissen sämmtlich abstrahirt, es wird nichts erfordert als das corpus und der animus dieses Erwerbsaktes, aber stets beide Momente, so weit sie zum Erwerbe des vollkommenen Rechts zu behalten nothwendig sind. Die herrschende Theorie scheint uns nicht sehr vorsichtig zu verfahren, indem sie sich ohne Weiteres an die Definition der Begriffe von corpus und animus wagt, ohne zu erwägen, woraus denn das corpus und der animus genommen sind. Unserer Auffassung entsprechend lehren aber die Römer auf der einen Seite, daß es ebenso viele Erwerbsarten des Besitzes giebt wie des Eigenthums,[16]) l. 3 § 21 de poss.:

> genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, velut pro emtore, pro danato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo . . . ,

auf der anderen Seite aber wieder, daß der naturale Besitzerwerb mit dem civilen Eigenthumserwerbe nichts zu thun habe, l. 1 § 2 eod.:

> eam enim rem facti, non juris esse.

---

[16]) Insofern haben die Ausführungen Iherings S. 143 ff. eine gewisse Berechtigung:

> „Beginnend mit dem Eigenthum, gelange ich zuerst zum Besitzesschutz und sodann erst zu dem Besitze."

Dagegen verkennt er die Unterschiede beider Rechte, wenn er S. 145 sagt:

> „Wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz."

Besitzerwerb erfordert das minus der Bedingungen, und daher läßt sich viel richtiger mit den Römern behaupten, daß die Lehren über den civilen Eigenthumserwerb den Besitzerwerb nicht verhindern können:

> „Wo auch kein Eigenthum, da doch schon Besitz."

Es giebt aber kaum eine treffendere Bemerkung als die S. 192:

> „die Bestimmung des corpus und des animus gravitirt um das Eigenthum als seinen unsichtbaren Mittelpunkt."

Corpus und animus der Erwerbsakte sind in der That identisch, aber — nur diese.

Analog dem Eigenthumserwerbe giebt es für den Besitz:

A. Originäre Erwerbsakte, die sich nicht auf den Willen eines Besitzvorgängers stützen,
   a) Ereigniß, b) einseitige Handlungen des Erwerbers.
B. Derivative Erwerbsakte, die sich auf den Willen des Besitzvorgängers stützen.

A. Originäre Erwerbsakte.

a) durch Ereignisse.

Der Erwerb des vollkommenen Rechts, zu behalten, vollzieht sich zunächst durch ein äußeres Ereigniß ohne den begleitenden Willen des Erwerbenden, daher auch der Besitzerwerb. Deshalb erwerben wir an Anlandungen, an den durch Zufall oder durch einen Dritten separirten Früchten, an den geworfenen Jungen, an den von unseren Hühnern gelegten Eiern u. s. w. sofort Eigenthum und Besitz, ohne daß wir dabei zu stehen brauchen, ohne daß wir apprehendiren oder den Erwerbswillen im Momente des Erwerbes haben.[17]) Das corpus des Erwerbs ist das äußerlich sich vollziehende Ereigniß. Wie wenig die Savigny'sche Apprehensionstheorie sich durchführen läßt, ergiebt auch das Geständniß von Randa S. 322 Note 11.a:

> „Hier bedarf es selbstverständlich keiner Apprehension des Grundbesitzers."

Andererseits bleibt es bei unserer Auffassung kein reines Räthsel, warum ich den Besitz an den Honigscheiben in meinem Baume nicht erwerbe (conf. Ihering S. 166):

> favos quoque, si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest, l. 5 § 3 de A. R. D.

Das positive Recht erblickt darin überhaupt keinen Erwerbsakt des unmittelbaren Rechts zu behalten, daß wilde Bienen Honig an meinen Baum ansetzen, und daher kann diesem Vorgange auch nicht das corpus für den Besitzerwerb entnommen werden. Randa (S. 322 Note 11.a) bemerkt zutreffend, daß der Jurist anders entscheiden würde, wenn des

---

[17]) Die mittelalterlichen Juristen sprechen von einer possessio civilissima, deren Erwerb juris ministerio absque ulla apprehensione stattfindet. — Meischeider definirt S. 199 das corpus als Realisirung des Willens. Daß diese Definition auf die Fälle nicht paßt, in denen der Besitzerwerb ohne begleitenden Willen sich vollzieht, liegt auf der Hand.

Unrichtig erscheint daher auch der der Savigny'schen Ansicht entsprechende § 48 A.L.R. I. 7: „Ohne Besitzergreifung (?) kann keine Art des Besitzes erlangt werden" (conf. Förster S. 40).

Nachbars Henne auf unserem Grunde Eier legt oder dessen Bienen auf unserem Baume Honigwaben ansetzen. Dann erwirbt der Nachbar den Besitz des Eies. Denn das Legen des Eies ist überhaupt der Anfang des unmittelbaren Rechts über dasselbe. Nur was die von den Bienen des Nachbars angesetzten Honigwaben anbetrifft, dürfte Randa vom Standpunkte des römischen Rechts zu widersprechen sein, da der Bienenschwarm selbst, sobald er unseren Augen entrückt ist, der Okkupation anheimfällt, l. 5 § 4 de A. R. D., dann also auch die von ihm angesetzten Waben nicht mehr unter das unmittelbare Recht des früheren Eigenthümers fallen können.

Der unvollständige Besitz des Vermiethers an den inferirten Sachen des Miethers entsteht blos durch die Illation, vorausgesetzt, daß der Vermiether eine Forderung und ein Retentionsrecht hat. (conf. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. I S. 430, Bd. IV S. 46.) Der Eigenthümer, welcher ohne Gewalt seine eigene Sache als Prekarist, als Pächter, als Faustpfandgläubiger, überhaupt als natürlicher Besitzer zurückempfängt, erwirbt vermöge gesetzlicher Bestimmung den Besitz, obschon er das corpus und den animus eines vollständigen Besitzers nicht hat. (l. 40 § 3 de poss., l. 21 D. de usurp., l. 33 § 5 eodem). Ebenso wird demjenigen, der sich irrthümlich für einen filius familias hält, Besitz zugesprochen, trotzdem er für sich überhaupt nicht besitzen will.

Nach der Theorie Savigny's sind diese Entscheidungen unbegreiflich, nicht so nach der unseren. Da die angeführten Ereignisse die vollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft verschaffen, muß dasselbe von dem Besitzerwerbe gelten. Es wäre ja auch sonderbar, wenn man es z. B. dem Pächter der eigenen Sache nicht sofort gestatten wollte, alle Besitzhandlungen auszuüben, sich im Besitze zu vertheidigen, das interdictum uti poss. anzustellen u. s. w.

b) durch einseitige Handlungen des Erwerbers.

1. Besitzerwerb einer besitzerlosen Sache.

Den Besitz eines besitzerlosen Grundstücks erwerben wir in den jetzt darzustellenden Fällen durch die Okkupation. Durch die äußere Handlung muß ersichtlich werden, wie viel okkupirt werden soll, und deshalb wird für einen derartigen Besitzerwerb der Regel nach ein Umschreiten, Einzäunen, Bebauen u. s. w. mit Recht verlangt. Der Erwerb vollzieht sich durch Apprehension, d. h. durch corpus und den das corpus begleitenden Willen. [17a])

[17a]) Ueber den Charakter des Willens wird näher bei der Tradition gehandelt werden.

Für den Mobiliarbesitzerwerb wird erfordert, daß die Sache in unsre custodia kommt, d. h. in den Herrschaftskreis, den der Mensch nach den Regeln des gewöhnlichen Lebens zu beherrschen pflegt, und daß der Besitzwille vorher, gleichzeitig oder nachträglich manifestirt wird.

Der Besitzerwerb vollzieht sich durch corpus und den wenn auch dasselbe nicht begleitenden Willen. Der Unterschied zwischen Besitzerwerb von Immobilien und Mobilien resultirt daher, daß zwar bei Grundstücken das corpus nicht ohne Gegenwart des Erwerbers vorgenommen werden kann, dagegen die Entstehung der custodia ohne Gegenwart des Erwerbers denkbar ist.

Von diesem Gesichtspunkte aus empfangen, wie uns scheint, zwei viel besprochene Gesetze, l. 55 D. de A. R. D. und l. 3 § 3 de poss., die richtige Beleuchtung.

a) l. 55 D. de A. R. D.

Nach römischem Rechte ist es erlaubt, auf fremdem Territorium zu jagen (in alieno venari licet §§ 12. 14 J. 2. 1), und deshalb ist es gleichgültig, ob ich das Netz, in welchem sich ein Eber gefangen hat, auf meinem Grund und Boden oder auf fremdem Boden, ob mit Erlaubniß des Eigenthümers oder ohne dessen Erlaubniß aufgestellt habe. Prokulus sagt ausdrücklich: „videamus, ne intersit . . . .“ und diese Worte können nur dahin übersetzt werden: wir mögen beachten, daß es auf die erwähnten Umstände nicht ankomme. Wenn Randa (§ 11 Note 4. a) meint, Prokulus deute kasuistisch gewisse Momente an, von denen die Entscheidung abhängt, so dürfte diese Interpretation gegen den Wortlaut sein, indem Prokulus das direkte Gegentheil dahin ausspricht, daß die Entscheidung von den aufgeführten Momenten nicht abhange. [18]) Freilich

---

[18]) Richtig scheint uns die Auffassung Ihering's S. 163:

„Die l. 55 de A. R. D. legt keinen Werth darauf, wo die Schlingen oder Fallen aufgestellt gewesen sind, ob auf meinem Grundstücke oder in einem öffentlichen Walde.“

§ 2. Inst. II. 1:

utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno.

Der Einwurf Randa's, Ihering übersehe, daß der Jurist allerdings relativen Werth darauf lege, wo die Fallen aufgestellt sind, dürfte unbegründet sein. Mit noch weniger Grund fordert Randa S. 342 Note 30 erlangte Kenntniß von der Einfangung. (So auch Böcking, v. Liebe S. 103.) Prokulus erwähnt dieses Moments überhaupt nicht. Wenn ich den bereits in fremder Schlinge gefangenen Eber mir aneigne oder in Freiheit setze, hafte ich der Vindikations- bezw. Schadensersatzklage. Wir sehen in der That nicht, wie die erlangte oder nicht erlangte Kenntniß des Jägers hierauf von irgend welchem Einflusse sein sollte. Wie Randa, interpretirt die Stelle im Wesentlichen auch Meischeider S. 241.

fährt Prokulus fort, es solle endlich auch der Umstand gleichgültig sein, ob der Eber in der Weise gefangen sei, daß er sich nicht befreien könne, oder nur so, daß er durch ein längeres Ringen sich herauswinden würde,

praeterea, utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit,

und dieser Satz läßt sich mit der herrschenden Theorie in keiner Weise vereinen; denn wenn der Eber sich hinauswindet, hat derjenige, welcher das Netz gelegt hat, niemals die subjektive Möglichkeit gehabt, auf die Sache einzuwirken. Nur deshalb, glauben wir, wird die l. 55 l. c. einer ganz geschraubten Interpretation unterworfen, und Prokulus muß auf Momente Gewicht legen, die er mit ausdrücklichen Worten für unerheblich erklärt. Seine Meinung ist aber u. E. die: Es genügt, daß der Eber zu mir in ein objektiv gesichertes thatsächliches Verhältniß getreten ist, auch wenn es nicht absolut gesichert ist, d. h. wenn ich die potestas oder custodia über ihn erlangt habe. Wenn du dem so in meinem Netze gefangenen Eber die natürliche Freiheit eigenmächtig wiedergiebst, so greifst du ebenso in fremden Besitzstand ein und haftest der Schadenserſatzklage, als wenn du den Becher eines Dritten aus dem Schiffe in das Meer wirfst.[19])

Diese Darstellung entspricht unsrer Auffassung der custodia.

Meinen Besitzwillen habe ich aber bereits genügend dadurch geäußert, daß ich die Schlinge zum Fangen des Ebers gelegt habe. Auch dies entspricht unsrer Auffassung des Besitzwillens.

Nur darin scheint uns die herrschende Schule Recht zu haben, daß die Römer beim Fange wilder Thiere eine in gewissem Grade gesicherte Gewalt[20]) verlangen, um den Erwerb von Eigenthum und Besitz anzunehmen:

ut si in meam potestatem pervenit, meus factus est.

Deshalb erwerben wir ein bloß angeschossenes Wild allerdings noch nicht, weil sich noch vieles ereignen kann, daß wir es nicht fangen.[21]) Es

[19]) Es ist nicht unmöglich, daß die Parallele mit einer gewissen Absichtlichkeit gewählt ist. Daß ich eine Sache verliere, und mir die Möglichkeit, die faktische Herrschaft zu reproduziren, entzogen wird, ist immer denkbar. Namentlich trifft dies aber zu bei einem Becher, der am Bord eines Schiffes steht, da er durch das Schwanken oder sonst hinuntergeworfen werden, auch mit dem Schiffe untergehen kann. Dies befreit aber denjenigen nicht von der Schadenserſatzklage, der den Becher in's Meer wirft. Ganz in derselben Weise ist es gleichgültig, ob der gefangene Eber sich durch längeres Ringen befreien konnte.

[20]) Diese setzt die l. 55 D. de A. R. D. auch nach unserer Auffassung voraus, nämlich, daß der gefangene Eber nur durch längeres Ringen sich befreien kann.

[21]) l. 5 § 1 de A. R. D.

dürfte aber ungehörig sein, aus diesen Stellen eine Definition des Besitzes zu entnehmen. Man sollte doch erwägen, daß man mit derselben Logik das Eigenthum für die Möglichkeit physischer Herrschaft erklären müßte, da dieselben Betrachtungen für Eigenthum und Besitz angestellt werden, und die custodia es ist, von der Besitz- und Eigenthumserwerb abhängen.

β) **l. 3 § 3 de poss.**

Den in unserem Grundstücke verborgenen Schatz haben wir weder im Eigenthume noch im Besitze, weil eine nach den Anschauungen des Lebens genügend gesicherte custodia noch nicht vorhanden ist. Der Umstand, daß sich Gegenstände verborgen in unsrem Grund und Boden befinden, reicht nicht aus. Manche Juristen (Neratius und Proculus) waren nun freilich der Ansicht, daß das Vorhandensein des Schatzes in unsrem Grundstücke und das Wissen davon genüge, indem das Wissen die an sich mangelhafte custodia ergänze:

quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet . . . .

Manche nahmen sogar an, daß nicht einmal das Wissen nothwendig sei, und daß wir deshalb ohne Weiteres den Schatz mit dem Grundstücke usukapiren. Diese Ansicht ist nun freilich ganz unhaltbar, weil der animus des Erwerbsaktes ganz außer Acht gelassen wird (is enim, qui nescit, non possidet). Beide Ansichten aber sind falsch, weil eine genügende custodia nicht vorliegt, die erst durch das Heben des Schatzes herbeigeführt wird.

nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit.[22])

Weshalb für den in unserem Hause verborgenen Schatz andere Grundsätze gelten sollen, wie Savigny und Randa ausführen, ist nicht einzusehen. Indem Paulus das Wort „fundus“ ganz allgemein gebraucht, hat er gewiß nicht zwischen ländlichen und städtischen Grundstücken unterscheiden wollen, und darin, daß ein Schatz in unserem Hause eingemauert ist,[23]) liegt ebensowenig eine genügende custodia.

Schließlich ist noch auf die Fälle aufmerksam zu machen, in denen

---

[22]) Eigenthumserwerb und Besitzerwerb an dem Schatze wird also nicht durch die bloße Thatsache vermittelt, daß sich der Schatz in unserem Grundstücke befindet.

[23]) Ihering macht gegen die Ansicht Savigny's geltend, daß die Sicherheit der Herrschaft vor der Apprehension bei beiden Arten von Schätzen dieselbe sei. Randa stellt in Folge dieser Bemerkung (S. 341 Note 27) denjenigen Schatz, der sich in dem mit unübersteiglichen Mauern umgebenen Garten befindet, dem im Hause befindlichen gleich. Schließlich wird man also zu Gunsten der Savigny'schen Möglichkeit beliebiger Einwirkung die Höhe und Dicke der den Garten umgebenden Mauer messen müssen. Meischeider S. 237 billigt im Resultate die Ansicht Ihering's.

sich zwar der Besitzerwerb durch ein Ereigniß vollzieht, in unmittelbaren Anschluß daran aber ein Dritter sich die Gewahrsam mit dem Besitzwillen anmaßt, also seinerseits Besitz erwirbt. Der Nachbar ergreift den Besitz des von meiner Henne auf seinem Hofe gelegten Eies, ein Dritter separirt unbefugt die Früchte eines Grundstücks. Die rechtliche Lage kann nur so beurtheilt werden, daß der Berechtigte den Besitz zwar erworben, aber in demselben Momente wieder verloren hat. Dies muß für die Gegenwart auch vom Wilddiebstahle gelten, da es nicht mehr erlaubt ist, auf fremdem Boden zu jagen, so daß die Praxis mit Recht gegen den Wilddieb Eigenthums- und Schadensersatzklagen giebt.[24])

Man möge es erklären, wie diese Fälle, in denen der Besitzerwerb durch ein Ereigniß oder ohne begleitenden Willen sich vollzieht, mit der herrschenden Theorie in Einklang zu bringen sind, nach unserer Auffassung liegt aber in ihnen und namentlich in der Verschiedenheit der corpora des Besitzerwerbes keine Unbegreiflichkeit. Das positive Recht hat die Erwerbsakte des vollkommenen unmittelbaren Rechts verschieden bestimmt, und daraus ergiebt sich, daß auch das ihnen entnommene corpus ein verschiedenartiges sein muß. Kein Ausspruch ist so wenig gewürdigt worden, wie der des Paulus in der l. 3 § 21 D. de poss., daß es gleich viel Erwerbsarten für das Eigenthum, wie für den Besitz giebt. Wenn es einem Gesetzgeber einfiele, zu bestimmen, daß wir die von schwärmenden Bienen an unserem Baume angesetzten Honigwaben erwerben sollen, so würden wir durch den äußeren Akt des Ansetzens Eigenthum und Besitz erwerben.

Ein Vorwurf scheint jedoch der von uns entwickelten Theorie gegenüber begründet zu sein. Die Römer lehren ausdrücklich, daß der Besitzerwerb nur corpore und animo sich vollziehe. Wir dagegen müssen einen Besitzerwerb ohne begleitenden Willen des Erwerbers annehmen. Aber nur soweit kann das corpus und der animus dem Erwerbsakte für das vollkommene Recht entnommen werden, als sie in demselben enthalten sind, und nur soweit verlangen die Römer die Verbindung beider Momente. Andrerseits erwerben wir in den dargestellten Fällen, in denen

[24]) Dieselbe Auffassung liegt dem Erkenntniß des Reichsgerichts (Entsch. in Straff. Bd. I S. 16) zu Grunde, wonach das Eigenthum an der Hälfte des Schatzes für den Grundeigenthümer unmittelbar aus dem Gesetze trotz sofortiger Okkupation durch den Finder entsteht. Auch die Römer haben bestimmte Regeln aufgestellt über das Finden eines Schatzes durch den Sklaven, einen gemeinschaftlichen Sklaven, einen Sklaven, an dem ein anderer den Nießbrauch hat. Nach diesen Regeln vollzieht sich der Erwerb stets, während der Wille des Sklaven gleichgültig ist. Setzt sich Jemand gegen diese Regeln in den Besitz, so intervertirt er den bereits nach diesen Regeln erworbenen Besitz, l. 68 D. de A. R. D.

sich Besitzerwerb durch ein Ereigniß vollzieht, das Recht nur, wenn wir den Erwerb nicht ablehnen, und daher vollzieht sich auch der Besitzerwerb nur unter dieser Bedingung, d. h. unter der Voraussetzung des nicht entgegentretenden Willens des Erwerbers, wenn auch ohne den begleitenden Willen desselben.[25])

Zwar ist es richtig, daß in den behandelten Fällen des Besitzerwerbes durch ein Ereigniß und die Okkupation einer besitzerlosen Sache in der Regel Eigenthum und Besitz zugleich erworben werden, weil abgesehen von dem äußeren Vorgange auch für den Erwerb des Eigenthums keine weiteren Erfordernisse vorgeschrieben sind, dies ist aber nicht immer der Fall und keine aus logischen Gründen abzuleitende Nothwendigkeit. Auch der Besitzer eines Grundstücks im schlechten Glauben erwirbt durch die Separation den Besitz der Früchte, denn auch sie darf ihm Niemand ohne Richter und Recht fortnehmen, und er leistet einem derartigen Unterfangen mit Recht Widerstand. Aber er hat an denselben kein Eigenthum, indem er der Vindikation haftet. Wenn wir den Verkäufer auf Grund des Kaufgeschäfts und der bereits vorgenommenen Tradition verklagt haben und vom Prätor auf Grund eines obsieglichen Erkenntnisses in den wieder verlorenen Besitz eingeführt werden, wenn dies in Folge eines Adjudikationsurtels geschieht u. s. w., so erwerben wir unter allen Umständen Besitz, ob auch Eigenthum, hängt von der Frage ab, ob unser Auktor dasselbe gehabt hat.[26]) Auch hier bewährt sich die Regel, daß von dem Erwerbsakte zwar das corpus und der animus, soweit er überhaupt nothwendig ist, entlehnt wird, daß aber von allen sonstigen rechtlichen Erfordernissen, namentlich dem Eigenthume des Auktors, zu abstrahiren ist.

2) Besitzerwerb einer besessenen Sache.

Der Besitz eines von einem Dritten besessenen Grundstücks wird erst durch die Dejektion erlangt. Eine heimliche Besitzausübung ist nicht genügend. Savigny verkennt diesen Grundsatz, wenn er jede Besitzhandlung mit dem Willen Besitzer zu sein für ausreichend erachtet, und gerade dadurch ist die herrschende Theorie dazu gedrängt worden, das interd. uti poss. als ein rekuperatorisches Interdikt aufzufassen. Der zurückkehrende Besitzer muß erst abgewehrt sein, oder den Entschluß,

[25]) Wenn aber der Erwerbende den Besitz ablehnt, so würde er ihn im Momente des Erwerbes wieder verloren haben. Die im Texte erörterte Bedingung ist also an sich selbstverständlich und ergiebt sich aus den Regeln über den Besitzverlust.

[26]) Nach § 13 der preußischen Subhastationsordnung vom 15. März 1869 wird mit der Subhastation eines Grundstücks stets ein Aufgebotsverfahren verbunden, woraus folgt, daß auch immer das Eigenthum übergehen muß.

nicht zurückzukehren, gefaßt haben. Bis dahin ist das Rechtsverhältniß folgendes: Der heimliche Okkupant besitzt Dritten gegenüber; er kann sie gewaltsam abwehren, hat gegen sie das interdictum unde vi und das interdictum uti poss. (l. 53 D. de poss.), während Savigny wohl zu Unrecht ihm jeden Besitz abspricht. Dagegen besitzt er seinem Vorgänger gegenüber nicht, d. h. dieser kann immer noch eigenmächtig den Versuch der Rückkehr machen und erwirbt, wenn er nicht zugelassen wird, das interdictum unde vi; wenn er ohne Kenntniß von der heimlichen Besitzhandlung das interdictum uti poss. anstellt, so gewinnt er den Prozeß.

Alle diese Sätze enthalten u. E. keine römische Singularität, sondern sind durchaus praktisch. Savigny verkennt, daß die Theorie von der Unmöglichkeit der compossio plurium in solidum nicht die Relativität des Besitzrechtes ausschließt, sondern nur verhindert, daß von zwei streitenden Parteien jeder zugleich Besitz zugesprochen wird.

Die Stelle, auf welche Savigny seine Ansicht und eine angebliche Kontroverse zwischen den römischen Juristen aufbaut, ist eher geeignet, ihn zu widerlegen, l. 6 § 1 de poss.:

> qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit; retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

Labeo schreibt, daß der Okkupant eines Grundstücks, dessen Besitzer sich vorübergehend entfernt habe, heimlich besitze, also doch besitze. Ulpian ist weit davon entfernt, diese Ansicht des Labeo zu mißbilligen, im Gegentheil zieht er gerade aus dem Umstande, daß der Okkupant heimlich besitze, den Schluß, daß er dem Auktor gegenüber nicht besitzt und sich einer Gewalt schuldig macht, wenn er den zurückkehrenden Eigenthümer nicht zuläßt. Darüber, daß die possessio clandestina doch auch eine possessio sei, obgleich mit ihr das Besitzrecht gegen den Auktor nicht verbunden ist, bestand unter den römischen Juristen kein Streit, l. 53 de poss.:

> adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet,

vielmehr könnte man es umgekehrt nach der Lehre der Proculejaner in Zweifel ziehen, ob nicht im gegebenen Falle die possessio clandestina mit dem vollen Besitzrechte auszurüsten sei, da wir nach der gedachten Lehre den Besitz bereits corpore verlieren. Dem heimlichen Besitze aber jede Bedeutung zu entziehen, fehlt jeder Grund. Wenn Savigny S. 352 Note 4 ausführt, mit dem Satze: „retinet ergo u. s. w. fange

die Berichtigung des Ulpian an, so ist es gewiß sonderbar, eine Berichtigung mit „ergo“ einzuleiten, und der Schlußsatz: verum si ... enthält nach der wohl richtigen Fassung der Florentina die Meinung des Labeo. Er ist nämlich der von allen römischen Juristen gebilligten Ansicht, daß sich der heimliche Besitz in einen gewaltsamen verwandele und als solcher zu betrachten sei, wenn der Auktor nicht zugelassen wird.

Der Besitzerwerb von Mobilien vollzieht sich in gleicher Weise, mögen sie einen Besitzer haben oder nicht.

Auch hier ergiebt sich aber die Richtigkeit des römischen Lehrsatzes, daß von der Okkupation oder Tradition, durch welche wir Eigenthum erwerben, schon das corpus und der animus genügt, um den Besitzerwerb herbeizuführen. Von den rechtlichen Erfordernissen, daß das Grundstück keinen Eigenthümer haben darf, oder die Einwilligung des Eigenthümers rechtsgiltig erklärt sein muß, wird abgesehen.

Naturgemäß fallen hier Besitzerwerb und Eigenthumserwerb auseinander, weil der letztere das Mehr der rechtlichen Bedingungen voraussetzt.

B. Derivativer Besitzerwerb.

I. Besitzerwerb von Grundstücken.

a) Tradition.

1) corpus.

Viel wichtiger sind die Fälle, in denen der Erwerb des vollkommenen Rechts zu behalten sich auf den Willen des Besitzvorgängers stützt: wir meinen die Tradition und das constitutum. Der bloße Vertrag ist nicht geeignet, das vollkommene Recht zu behalten zu erzeugen, l. 20 C. de pactis 2. 3:

> traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Der Vertrag erzeugt daher in der Regel auch keinen Besitz. Auch hier ist jedoch dem Erwerbsakte nur das corpus und der bloße animus zu entnehmen: Besitz eines Grundstücks erwerben wir durch die bloße Apprehension, indem von allen sonstigen rechtlichen Momenten abgesehen wird. Unter Apprehension aber ist sowohl im Falle der Okkupation wie der Tradition der erste Akt unmittelbarer Herrschaft über die Sache, die erste Ausübung des Rechts zu behalten, die erste Besitzhandlung zu verstehen.[27]) Das Objekt wird jedoch im Falle der Tradition schon ge-

[27]) Ihering sagt S. 160: „Die Art, wie der Eigenthümer thatsächlich sein Eigenthum ausübt, muß den Maßstab für das Dasein des Besitzes enthalten.“ — S. 195: „omnia ut dominum fecisse oportet.“ — Dieser Ausspruch ist richtig,

nügend bestimmt sein und deshalb bedarf es einer Einzäunung, Bebauung, Umschreitung u. s. w. der Regel nach nicht (conf. Donellus V. cap. 9 § 3). Auch muß man sich vor der grob-sinnlichen Auffassung der alten Schule hüten, nach der stets direkt das Betreten mit den Füßen, das Ergreifen mit der Hand erfordert wird. Wir können das Eigenthum oder ein sonstiges Recht an dem Grundstücke thatsächlich auch anders ausüben, als daß wir stets auf demselben umherlaufen. Daher brauchen wir, um Besitz desselben zu erwerben, nicht jede Scholle desselben mit den Füßen zu berühren, l. 3 § 1 de poss.:

non utique ita accipiendum est, ut qui possidere velit, omnes glebas circumambulet;

es genügt im Falle der Besitzübergabe sogar eine Besichtigung, die mit dem Erwerbswillen vorgenommen wird, l. 1 § 21 de poss.:

non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu,[28])

mag diese Besichtigung selbst von dem Thurme des Nachbargrundstücks aus erfolgen, l. 18 § 2 de poss.:

aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret.

Es genügt stets ein Akt, der sich als Ausübung der körperlichen Herrschaft darstellt; um obige in den Quellen aufgestellten Regeln zu begreifen, bedurfte es weder der Erfindung der symbolischen Tradition, noch der von Savigny beliebten Ausdehnung des Begriffs vom corpus.

Es erscheint zwar unrichtig, daß die persönliche Gegenwart das eigentliche Faktum sei, wodurch der Besitz einer unbeweglichen Sache erworben wird (Savigny S. 215), und ebensowenig ist in der Möglichkeit physischer Einwirkung das corpus zu suchen. Wir können vor einem fremden Grundstücke, so lange wir wollen, stehen, ohne den Besitz zu erwerben, und die Möglichkeit physischer Einwirkung ist die Vorbedingung jedes Vermögensrechts. An Sachen, die wir doch nicht erreichen können, wie an Sternen u. s. w., die Eigenthumsverhältnisse zu bestimmen, dürfte wohl sehr überflüssig sein. Nicht die Gegenwart an sich,[29]) sondern die

wenn man ihn auf die Apprehension eines Grundstücks einschränkt und unter Eigenthum das vollkommene Recht zu behalten versteht, nicht etwa das unzerstörbare Rückforderungsrecht.

[28]) Es ist also beides nothwendig, Besichtigung und Wille: die mit dem Besitzwillen vorgenommene Besichtigung.

[29]) Gerade umgekehrt heißt es bei Meischeider S. 228: „... es genügt zum Besitzerwerbe an sich (?) die bloße Gegenwart des Erwerbers bei der Sache, ohne daß derselbe nöthig hat, irgend welche äußere Handlung, irgend welche Einwirkung auf die Sache vorzunehmen."

erste Ausübung des Besitzrechtes ist das Kriterium des Besitzerwerbes. In dem Zutritt zum Grundstück kann allerdings ein solcher Akt liegen. Dagegen ist es mit Savigny den modernen Theorien gegenüber festzuhalten, daß der körperliche Besitzerwerb eines Grundstücks durch Okkupation und Tradition die Gegenwart des Erwerbers beim Grundstück nothwendig voraussetzt. Was dagegen gesagt worden ist, beruht auf einer unzulässigen Heranziehung des römischen Konstituts,[30]) das einen besonders gearteten Besitzerwerb darstellt, der Einmischung germanistischer Rechtsanschauungen, nach denen ein Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb denkbar ist, und einer Verwechselung mit den Grundsätzen des Mobiliarbesitzerwerbes.[31])

Keinen Rechtssatz haben die Römer mit schärferer Präzision hingestellt als den, daß wir Besitz durch corpus und animus erwerben, daß der bloße animus hierzu ungeeignet sei, Inst. IV. 15 § 5:

> nec ulla dubitatio est, quin animo solo possessionem adipisci nemo potest.
>
> Gaius IV. § 153.

l. 4 C. de poss.:

> licet possessio nudo animo acquiri non possit.

Keine Behauptung ist daher so quellenwidrig wie die, daß der Besitz einer Sache, und namentlich der eines Grundstücks, der Regel nach durch bloße Willenserklärung erworben werde.

Kein römischer Jurist hat, abgesehen vom constitutum possessorium, jemals für den derivativen Besitzerwerb von Grundstücken die Nothwendigkeit der Apprehension und damit die Nothwendigkeit der unmittelbaren Gegenwart des Erwerbers bei der Sache geleugnet.

2) animus.

Zur Apprehension eines Grundstücks, also auch zum Besitzerwerbe durch Tradition, gehört unzweifelhaft der die Handlung begleitende Wille. Wenn ein Sinnloser auf einem Grundstück umherläuft, vermag er nicht zu apprehendiren und den Besitz zu erwerben. Treffend bemerkt Randa

---

[30]) Die l. 77 D. de R. V. ist mit Savigny dahin zu übersetzen. Eine Schenkung eines Landgutes wird dadurch perfekt, daß der Geschenkgeber mit dem Geschenknehmer einen Pachtvertrag schließt. Im Uebrigen genügt die Anwesenheit des Geschenknehmers im geschenkten Grundstücke zur Zeit, als der Schenkungsbrief abgeschickt wurde, d. h. im Falle des Konstituts ist Gegenwart nicht erforderlich, wohl aber im Falle der Realtradition.

[31]) conf. l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 § 21 de poss., l. 9 § 6 de A. R. D., l. 3 § 21 de poss., l. 1 C. de don. 8. 54, die sämmtlich vom Mobiliarbesitzerwerb sprechen.

S. 371, daß das Moment des Willens es sei, welches bei Entscheidung der Frage,[32]) ob gewisse Handlungen (actus possessorii) zum Besitzerwerbe für hinreichend zu erachten seien, den Ausschlag giebt. (conf. auch Entsch. des O.-T. vom 9. Dezember 1853, J.M.Bl. 1854 S. 105 Nr. 16. d). Er stellt aber auch konform der herrschenden Theorie die allgemeine Behauptung auf:

> Nach dem Begriffe des Besitzes ist zum Erwerbe desselben vor Allem nothwendig der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln. Das Dasein des faktischen Eigenthumswillens ist also eine Voraussetzung des Daseins des Besitzes.

Der Besitzerwerb kann sich aber auch durch ein Naturereigniß vollziehen, ohne daß wir dabei zu stehen oder ein Bewußtsein davon zu haben brauchen.[33]) Die herrschende Theorie verwechselt Besitzerwerb und Apprehension, der eine ist ohne begleitenden Willen sehr wohl möglich, die andere ohne denselben eine Unmöglichkeit, der erste braucht sich nur insofern unter der Bedingung des animus zu vollziehen, als wir den Erwerb ablehnen können, bei der zweiten ist der Wille mit dem äußeren Akte untrennbar verbunden. Wenn man freilich mit der herrschenden Theorie in dem Besitze ein Konglomerat erblickt, welches aus corpus und animus besteht, so ist es schwer, diese Mischung herzustellen, ohne sofort den animus hinzuzuthun. Wir betonen es aber der herrschenden Theorie gegenüber hier noch einmal, daß die Apprehension nur eine Art des Besitzerwerbes, nicht aber die einzige ist, daß sie zwar stets begleitenden Willen voraussetzt, nicht aber der Besitzerwerb.[34])

---

[32]) Der Wille ist auch namentlich dafür entscheidend, ob der Besitz der auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien mit erworben ist oder nicht. Soweit freilich der Erwerber an den Mobilien eine custodia (das corpus des Mobiliarbesitzerwerbes) nicht erlangt, soweit kann ihm auch die Manifestirung der Absicht zu besitzen allein nichts nützen (conf. auch A.L.R. I. 7 § 54).

[33]) Daß ein den Erwerb begleitender Wille auch zum Erwerbe von Mobilien nicht absolut nothwendig ist, werden wir unten ausführen.

Wenn man daher von dem Besitzwillen spricht, der sich im corpus verwirklicht, oder realisirt, vom Legen oder Zurückziehen des Willens in die Sache oder aus derselben, so ist dies eine den Besitzerwerb im Allgemeinen durchaus nicht treffende Vorstellung. Auch v. Liebe S. 7. 9. 10 findet in dem Besitzerwerbe nur die Verwirklichung des Willens. Er nennt das corpus einen nothwendigen Schlüssel des animus.

[34]) Der von Savigny S. 206 ganz unbedingt aufgestellte Satz:

> „Das Wollen muß mit jenem Handeln theils bei dem ursprünglichen, theils bei dem abgeleiteten Besitz verbunden sein,"

trifft also lediglich eine Art des Besitzerwerbes, die Apprehension, mag diese an sich auch die praktisch wichtigste sein. Richtiger heißt es Simon's Materialien S. 604:

> „Zur Ausübung eines Rechts gehört immer Wissenschaft, daher der Inhaber

Das zur Apprehension nothwendige Wollen besteht nach Savigny ursprünglich darin,

daß der Besitzer die Sache als eine eigene behandle (animus domini) S. 246,[35]) (conf. Donellus V. 6 § 4.)

wobei freilich vor der Verwechselung dieses animus domini mit der Ueberzeugung, daß man Eigenthümer sei (opinio domini), gewarnt wird, Randa spricht vom faktischen Eigenthumswillen. Aber der Besitzer im schlechten Glauben, z. B. der Dieb, der den Willen eines Eigenthümers haben soll, muß unzurechnungsfähig sein, er gleicht dem Kinde, das sich die Sterne in die Tasche stecken möchte, und schließlich müßten nach der Auffassung Savigny's alle Diebe freigesprochen werden, weil sie ja den Willen eines Eigenthümers, und nicht den davon ganz verschiedenen Willen rechtswidriger Zueignung haben. Die Römer haben nur dem Besitzer im guten Glauben den Willen eines Eigenthümers zugesprochen, l. 21 C. de furtis 6. 2:

quum igitur bonae fidei possessor domini cogitatione furem possidet . . . . l. 13 § 1 de publ. act. 6. 2, l. 22 § 1 de non. act. 9. 4.[36])

---

eines solchen Rechtes, dessen Innehaben oder Besitz nur durch Ausübung erlangt wird, sich dessen immer bewußt sein muß."

Danach scheint ein Besitzerwerb ohne Ausübung des Rechts, ohne Apprehension gedacht zu werden.

[35]) conf. auch die Bemerkungen von Goßler (Simon's Mater. S. 230, 233): „Zur Besitzergreifung gehört nicht der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, sondern der Vorsatz, die Sache eigen zu haben."

[36]) Wenn Savigny S 110 sagt, daß der Besitzer einen Anderen, besser Berechtigten, über sich nicht anerkennen wolle, so dürfte dies doch nicht richtig sein. Der Dieb erkennt die bessere Berechtigung eines Dritten sehr wohl an, und darin gerade liegt der Grund seines Unrechts, daß er die Sache trotzdem wegnimmt. Wir halten es für vergebliche Mühe, wenn die Theorie diesen greifbaren Gegensatz, diese Annahme des Bewußtseins und Willens des Rechts bei dem Bewußtsein und Willen des Unrechts durch Worte zu verdecken sucht. Schon Donellus erläutert affectus domini mit pro suo, tanquam suam, und Randa läßt S. 369 den Willen des Besitzers nicht nothwendig darauf gerichtet sein, die Sache als (pro?) eigen, sondern nur, sie wie (tanquam) eigen zu haben. Schon Savigny hält für das Objekt des Besitzwillens dasjenige, was der Eigenthümer thun darf (S. 110 Nr. 3), und Windscheid S. 408 bezeichnet als Besitzwillen denjenigen, wie ihn der Eigenthümer haben darf.

Wir können in allen diesen Aeußerungen nur das Zugeständniß erblicken, daß Eigenthumswille und Besitzwille zwar verglichen werden können, aber durchaus nicht identisch sind. Die Abfertigung Pfeifer's durch Rudorff (Nr. 30) können wir für gerechtfertigt nicht erachten.

Wenn wir von dem Besitzer als Eigenthümer, Faustpfandberechtigter, Nießbraucher u. s. w. sprechen, so haben wir nur den sich deckenden Umfang der Rechte im Auge.

Der bösgläubige Okkupant eines fremden Grundstücks, der Dieb und Räuber, denken nicht daran, Eigenthümer zu sein, sie wollen Besitzer sein, ohne Eigenthümer zu sein, und darin liegt gerade der das Delikt begründende dolus.

Auch derjenige, dem ein unzerstörbares und absolutes Rückforderungsrecht zusteht, und der dies weiß, hat den Willen eines Eigenthümers, ist es sogar. Niemand wird aber behaupten wollen, daß dies der Wille sei, durch den man Besitz erwirbt. Der besitzende Eigenthümer, welcher den Besitz allein abtreten will, hat seinen Willen ganz ausdrücklich auf den Besitz allein zu richten, damit das Geschäft Rechtsgültigkeit erlangt, woraus von selbst folgt, daß der Wille, durch welchen wir Besitz erwerben, ein anderer ist als der des Eigenthümers, l. 28 de poss.:

specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.

Die Römer lehren bekanntlich ebenfalls, daß der Besitz animo verloren gehe. Hier wird wohl der Wille des Verlierenden sich nicht auf das Eigenthum zu richten brauchen, da man Eigenthümer bleiben und den Besitz verlieren kann, l. 17 § 1 D. de poss.

Die Fassung Randa's erscheint als Nothbehelf und in sich widersprechend. In dem Begriffe des „faktischen" soll offenbar der Begriff des Nichtrechts liegen, das Eigenthum enthält den Begriff des Rechts, ein Wille aber, der sich auf ein nicht rechtliches Recht richtet, ist undenkbar.

Der herrschenden Theorie ist es nicht gelungen, ihrer Begriffsbestimmung den vollständigen Besitz des schlechtgläubigen Besitzers unterzuordnen, jeder andere Besitz aber erscheint vollends als die reine Anomalie, da der Erwerb durch den animus domini auf ihn doch nicht übertragen werden kann.

Die Römer verlangen aber nicht den Willen Eigenthümer zu sein, sondern den Willen Besitzer zu sein, l. 41 D. de poss.:

non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat...

Die Annahme erscheint sogar widersprechend, daß beim Erwerbe des unvollkommenen Rechts die Absicht stets auf das vollkommene Recht gerichtet sein müsse. Savigny entlehnt dem Civilrechte zu viel, wenn er die auf das Eigenthum gerichtete Absicht verlangt, vielmehr ist dem für das vollkommene Recht zu behalten vorgeschriebenen Erwerbsakte nur der gemeinschaftliche auf den Besitz gerichtete Erwerbswille[37]) zu entnehmen.

[37]) „Der animus domini oder sibi habendi wird nicht verlangt." (Simons Materialien S. 604.) Treffend sagt Jhering S. 191: „Ist der Besitz das Recht der physischen Herrschaft über die Sache, wie kann der Besitzwille statt lediglich aus diesem Begriff, zugleich aus dem Eigenthumsbegriff seine Bestimmung erhalten?"

Daher setzt die Apprehension eines Grundstücks zu vollständigem körperlichen Besitze nur voraus, daß der Erwerber nunmehr ausschließlich und dauernd in dem Grundstücke sein, alle Besitzhandlungen ausüben und alle Besitzhandlungen Dritter abwehren will.

Richtig ist nun, daß bei der Tradition der Wille der Kontrahenten der Regel nach dahin gerichtet sein wird, die vollkommen garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft zu übertragen bezw. zu erwerben, und daß es nicht an dem Willen liegt, daß nur Besitz erworben wird. In diesen Fällen umschließt der weiter gehende Wille des Erwerbers auch den Besitzwillen. Dagegen vermögen die Kontrahenten, die Wirkung der Sachübergabe auf die Besitzvortheile zu beschränken. Zwei streitende Parteien können einen Kaufvertrag ausdrücklich über den Besitz schließen, und derselbe kann der einen Partei lediglich mit der Wirkung tradirt werden, daß sie ihn bis zum Ausgange des Prozesses behält. In dieser Weise kann der vollständige Besitzer selbst dem Eigenthümer die Sache zu unvollständigem Besitze tradiren, ihm als Prekaristen, Pächter, Miether die Sache übergeben, l. 22 de prec. Die Wirkung ist dann die, daß vorläufig auch der Eigenthümer dem interdictum de precario, der Pacht- und Miethklage haftet, bis der Eigenthumsprozeß entschieden ist.

Damit aber die Apprehension den Erwerb des vollkommenen Rechts zu behalten herbeiführe, muß sie mit allen vom Civilrechte vorgeschriebenen rechtlichen Erfordernissen ausgestattet sein, beim Besitzerwerb wird von allen diesen rechtlichen Erfordernissen abstrahirt, und nur das corpus und der bloße animus erfordert. Es ist ganz unerheblich, ob ein materiell und formell gültiger Vertrag vorliegt, ob der Auktor Eigenthümer gewesen oder nicht. Die Römer lehren in dieser Beziehung mit Recht, daß der Besitzerwerb eine Sache faktischer Natur sei und durch die Regeln des Civilrechts nicht beeinflußt werden könne, l. 1 § 4 de poss.[38]) Nur eine Stelle vermag Bedenken zu erregen. Ulpian lehrt nämlich in der l. 34 pr. de poss., daß der Irrende nicht erwerbe:

> sed non puto, errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.

U. E. will aber Ulpian nicht sagen, daß der Irrthum den Besitzwillen überhaupt entkräfte[39]), daß es nicht genüge, daß der Besitzende wenn auch aus Irrthum wolle, sondern nur, daß der Käufer, welcher vom Kontrakte wegen Irrthums zurücktritt, damit auch den Besitzwillen unter

[38]) Savigny S. 325: „wenn die Bedingungen des Erwerbs vorhanden sind, so wird durch juristische Gründe der Ungültigkeit der Besitz nicht ausgeschlossen."

[39]) Wenn freilich von dem Erwerbenden ein ganz anderes Objekt gemeint wird, so liegt ein ausgeübter Wille in Bezug auf das Objekt überhaupt nicht vor. Ulpian

Rückwirkung bis auf den Erwerbsakt aufgiebt.[40]) Hieraus wird dann gefolgert, daß der Verkäufer den Besitz nicht verliere, weil ja der Käufer nicht für sich besitzen wolle, und so seiner Verpflichtung gemäß anzunehmen ist, daß er zurückgeben und bis dahin für den Verkäufer besitzen wolle.

II. Erwerb des Mobiliarbesitzes.

1) corpus.

Das corpus für den Mobiliarbesitzerwerb ist die custodia. Für Grundstücke giebt es eine solche nicht, und daher kann sie auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechts nicht zur Grundlage des Besitzerwerbes gemacht werden.

Man muß sich hüten, a) custodia und Besitz zu verwechseln und den Begriff der ersteren dahin zu fassen, als müsse das einzelne Subjekt stets die Möglichkeit physischer Herrschaft haben[41]), b) als seien es Mauern, Schlösser, Riegel, Kisten und Taschen allein, denen wir die custodia an beweglichen Sachen zu verdanken haben, als käme es allein auf den Grund und Boden an[42]), auf welchem sich die Mobilien befinden. Die custodia ist der Herrschaftskreis, welchen der Mensch nach den Ansichten des praktischen Verkehrslebens zu beherrschen pflegt.[43])

---

behandelt aber diesen Fall in der l. 34 D. de poss. nicht, sondern setzt zunächst ausdrücklich fest, daß der Irrthum nicht im Objekte stattgefunden habe: quoniam autem in corpore consenserimus.

[40]) Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich auch aus dem folgenden § 1: Der Prokurator, welcher für mich Besitz erwirbt, kann wegen seines Irrthums gar nicht mehr vom Vertrage zurücktreten, und daher wird konsequenter Weise auch dann Besitz erworben, wenn mein Prokurator sich irrt, ich mich aber nicht irre:

„sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acquiram possessionem."

[41]) So Savigny, der freilich außerdem noch insofern zu irren scheint, als er Besitz und custodia identisch setzt.

[42]) So nimmt Baron (Ihering's Jahrbuch VII. S. 102. 113, conf. Rudorff Nr. 71) custodia an, wenn sich die Sache „auf der Oberfläche des Grundstücksinhabers" auf einem für ihren Besitzer befriedeten Raume befindet. — Der Schatz aber, der in unserem Grundstücke von einem Dritten verborgen ist, befindet sich noch nicht einmal in unserer custodia, sondern in der fortdauernden custodia des Dritten, l. 15 ad exhibendum, l. 44 pr. de poss., l. 3 § 3 de poss.:

„nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra."

Die auf unserem Territorium frei umherschweifenden Thiere haben wir gewiß nicht in unserer Gewahrsam, ebensowenig das auf unserem eigenen Latifundium verirrte Stück Vieh oder den in unserem Garten verlorenen Ring.

[43]) Fitting (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 18 S. 339) nennt nicht unzutreffend

a) Paulus definirt in der l. 3 § 13 D. de poss. die custodia dahin:

Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

Der römische Jurist giebt aber damit nicht eine Definition des Besitzes, sondern der custodia (id est), er sorgt auch sofort dafür, daß sein Ausspruch nicht im Sinne Savigny's vom Standpunkte des einzelnen Besitzers aufgefaßt werde. Es soll durchaus nichts schaden, wenn der Besitzer die in seiner custodia befindliche Sache nicht finden kann, also nicht im Stande ist, die physische Herrschaft auszuüben:

dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.[44])

Daher verlieren wir auch nicht die custodia des Schatzes, den wir, um sie uns zu erhalten, auf fremdem Grund und Boden eingegraben haben, wenn wir auch nicht mehr wissen, wo er sich befindet, die subjektive Möglichkeit physischer Einwirkung also auf Nichts reduzirt ist, l. 44 pr. de poss. Aus demselben Grunde steht der gefangene Eber bereits in unserer custodia oder potestas, wenn wir auch nicht dabei stehen und ihn ergreifen können, l. 55 de acq. rer. dom. 41. 1.

Auch Ihering setzt zu Unrecht den Begriff des Besitzes und die römische custodia identisch. Die Sichtbarkeit des Eigenthums, die normale Lage desselben, über welche die praktischen Motive des Verkehrslebens entscheiden sollen (S. 184), ist mit der römischen custodia gleichbedeutend. Dagegen hebt er mit Recht hervor, daß die subjektive Möglichkeit beliebiger Einwirkung nicht vorzuliegen brauche. Der Landmann braucht bei seinem Heu, seiner Frucht, die auf dem Felde trocknet, bei dem Vieh, das auf seiner Weide grasen soll, keinen Wachtposten aufzustellen, der Sennhirte beim Verlassen der Alpe, der Gastwirth auf den höchsten Spitzen der Alpen beim Verlassen der Sommerwirthschaft u. s. w. Niemand zur Bewachung des zurückbleibenden Mobiliars zurückzulassen, die custodia bleibt ihnen doch erhalten. Es kommt nur darauf an, daß die äußerliche Beziehung zum Besitzer sichtbar bleibt,

---

die objektive custodia „den Vertheidigungsbereich Jemandes." Ein Förster hat keine custodia am Walde und dessen Erzeugnissen (Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. Bd. V. S. 180), trotzdem er das physische Vermögen doch hat.

44) So entscheidet auch das Reichsgericht in dem Erk. vom 18. Januar 1881 (Entsch. in Strafs. Bd. III. Nr. 136), wenn auch die Deduktion auf Grund des Savigny'schen Besitzbegriffes nicht zu billigen sein dürfte. Das Reichsgericht negirt die Nothwendigkeit der Kenntniß von dem physischen Vermögen. Ein physisches Vermögen kann zwar ohne Kenntniß nicht vorhanden sein, wohl aber die custodia.

und dabei ist zuzugeben, daß die äußere Form dieser Thatsächlichkeit sich nach Verschiedenheit der Sachen verschieden bestimme. (Ihering S. 187.)

b) Noch weniger aber ist der Grund und Boden, auf welchem sich eine Mobilie befindet, sind bloß Mauern und Schlösser u. s. w. für die Annahme der custodia maßgebend. Das Stück Vieh, welches sich auf einem großen Gute verlaufen hat, den Ring, den wir auf unserem Felde verloren haben u. s. w., dürften wir schwerlich in der custodia haben, während die custodia des auf fremdem Grundstücke verborgenen Schatzes uns erhalten bleibt.

Alle hervorgehobenen Momente können nur für die Annahme der custodia nach der Lage des Falles und der Auffassung des gewöhnlichen Lebens in's Gewicht fallen.

Die These Ihering's S. 184:[45])

„Ueber die Frage, an welches äußere Verhältniß zur Sache der Gesetzgeber den Besitzschutz zu knüpfen hat, entscheiden die praktischen Motive des Verkehrslebens,"[46])

halten wir mit der Maßgabe für gerechtfertigt, daß wir sie nicht auf den Besitz, sondern auf den Begriff der custodia beziehen.

Die custodia ist das corpus des Erwerbsaktes, durch welchen wir das vollkommene Recht zu behalten an Mobilien erwerben; daher kann ohne dieselbe kein körperlicher Besitz an Mobilien beginnen. So erwerben wir Besitz, wenn Sachen in unser Haus geschafft werden,

l. 18 § 2 de poss.:

si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit,

l. 9 § 3 de jure dot.

---

[45]) conf. auch S. 197: „Die Lage der Sache, welche mir den Besitz gewähren soll, muß eine solche sein, wie sie bei dieser Art von Sachen vorzukommen pflegt." — Die Römer sprechen wegen dieser Dehnung des Begriffs der custodia nach den Bedürfnissen des praktischen Lebens von einer manu longa traditio, l. 79 de solut.

[46]) Ein bloß angeschossenes und verfolgtes Wild haben wir noch nicht in unserer custodia, und darum erwerben wir an demselben weder Besitz noch Eigenthum:

quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus.

Ebenso wenig steht dasjenige Wild in unserer Gewahrsam oder in unserem Besitze, welches in einem umzäunten Walde frei umherschweift, l. 3 § 14 D. de poss. — Dagegen geräth der Eber, welcher sich in der von uns gelegten Schlinge fängt, in unsere potestas oder custodia auch dann, wenn er sich durch längeres Ringen wieder befreien konnte, l. 55 D. de A. R. D. — Gezähmte Thiere stehen so lange innerhalb unseres Herrschaftskreises, so lange sie die Gewohnheit zu gehen und kommen nicht ablegen, l. 5 §§ 5. 6 de A. R. D., l. 3 §§ 13. 16 de poss., wilde Thiere nur so lange wir sie eingeschlossen halten, l. 3 § 2 seq. de A. R. D.

aber auch schon dann, wenn sie vor unseren Augen niedergelegt wird, l. 79 de solutionibus:

> pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam: efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat.

Frage ist aber, ob für den Mobiliarbesitzerwerb das corpus lediglich in der custodia besteht. Selbst Meischeider scheint die Frage zu bejahen, wenn er Seite 234 ausführt, daß an einer Sache, welche sich in einem Raume befindet, über den die Herrschaft einer Person dergestalt zusteht, daß durch diese jeder Andere an dem Zutritt zu dem Raume verhindert werden kann, für andere Personen ein Besitzerwerb nur unter der Voraussetzung möglich sei, daß die Sache aus jenem Raume entfernt werde. Und in der That wird man dieser Auffassung wenigstens für den körperlichen Besitzerwerb beitreten müssen. So lange der Veräußerer die verkauften Gegenstände in seiner custodia zurückbehält, behält er das corpus, und der Käufer ist nicht berechtigt, ihm die Sachen gegen seinen Willen fortzunehmen, mag er selbst einen Akt physischer Herrschaft bereits ausgeübt haben.[47]) Die l. 74 de contrah. emtione verlangt deshalb mit Recht, daß die Schlüssel bei der Scheune übergeben werden, und der Käufer mittelst der ihm zu diesem Zwecke über-

---

[47]) Der Akt physischer Herrschaft kann dann selbst nur als eine konkludente Handlung aufgefaßt werden, aus der auf ein constitutum geschlossen werden kann. — Ohne Gewahrsam kann Besitz nur durch Willenserklärung und nach den Regeln dieser Art von Besitzerwerb erworben werden. Wird daher eine Quantität von Waaren in die Gewahrsam, wenn auch nur dadurch übernommen, daß wir den natürlichen Besitz des Aufbewahrungsortes erlangen, so ist Besitz corpore et animo erworben, l. 74 de contr. emt. Bleibt dagegen ein Haufe Holz in fremder Gewahrsam, also im fremden Walde, und wird dort nur eine Bewachung angeordnet, so ist dies als ein Besitzerwerb durch den bloßen animus zu betrachten, l. 51 D. de poss.

> utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Wenn man freilich mit der herrschenden Schule gar keinen Unterschied zwischen dem Besitzerwerb corpore et animo und dem Besitzerwerbe durch den bloßen animus anerkennt, müssen derartige Stellen immer dunkel bleiben. — Auch in der Uebergabe der Schlüssel, dem Zeichnen der Balken u. s. w. ist nur der Ausdruck der Willenserklärung zu finden, und der Besitzerwerb durch bloße Willenserklärung steht unter ganz besonderen Regeln. Freilich ist zuzugeben, daß schon bei den Römern Besitzerwerb durch corpus und animus einerseits und Besitzerwerb durch den bloßen animus auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts mehr unter einander laufen, weil der Unterschied beim Mangel der Rechtsmittel vorläufigen Rechts nicht sehr erheblich ist. Nichtsdestoweniger wird es in der l. 51 D. de poss. betont, daß nur eine possessio animi quodam genere vorliege. — Mit Recht nimmt daher das Reichsgericht (Entsch. in Strafsachen Bd. II S. 64, Bd. V S. 222) an, daß durch Uebergabe bezw. Zurückbehalten der Schlüssel die custodia weder erworben noch zurückbehalten werde.

lassenen Scheune die custodia der darin niedergelegten Vorräthe erlangt; nur in diesem Falle sollen Eigenthum und Besitz auch körperlich übergehen: quo facto emtor confestim dominium et possessionem adipiscitur. Die Stellen, welche man dagegen anführen könnte, sprechen nur von dem Besitzerwerbe mit den Wirkungen des constitutums: die l. 1 § 21 D. de poss. und die l. 9 § 6 de A. R. D. sind schwerlich dahin zu interpretiren, daß der Käufer, dem ich die Schlüssel meines Weinkellers zuschicke, nun berechtigt sei, in denselben auch gegen meinen Willen einzudringen und den verkauften Wein sich eigenmächtig herauszunehmen. An den vom Käufer bezeichneten Balken soll zwar nach der l. 14 § 1 D. de periculo et commodo 18. 6 die Gefahr übergehen; es ist aber nicht bestimmt, daß der Käufer trotz der bestehen gebliebenen custodia und gegen den Willen des Verkäufers sie aus derselben herausnehmen kann. Möglicherweise enthält die l. 1 § 21 de poss. eine Ausnahme, in der bestimmt ist, daß Sachen, welche wegen ihrer Schwere nicht bewegt werden können, wie Immobilien in Besitz genommen werden sollen, d. h. durch den ersten Akt der Ausübung des unmittelbaren Rechts ohne Erlangung einer custodia,

> et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint.[48])

Auf dem Gebiete des Sklavenrechts ist die konsequente Durchführung des Begriffs der custodia nicht denkbar (l. 3 § 13 de poss., l. 47 eodem). Der Besitz eines Sklaven im Falle der Tradition wurde daher schon dadurch erworben, daß die potestas über ihn niedergelegt und andrerseits angenommen wurde. Dies ist der Gedanke, welchen die l. 1 C. de donat. 8. 54 zum Ausdruck bringt. In der Uebergabe der Kaufbriefe kann der Wille liegen, die potestas aufzugeben und aufzunehmen.

2) animus.

Die custodia allein ist aber zum Erwerbe des Besitzes nicht ausreichend; wie derselbe überhaupt nur corpore et animo sich vollzieht, so ist dies auch bei Mobilien der Fall. Wäre freilich der Iheringsche Begriff des Besitzes richtig, so müßte er ohne Weiteres entstehen, sobald die Thatsächlichkeit des Eigenthums, die normale Lage desselben herbeigeführt ist; daß er aber unrichtig sei, ergiebt deutlich der Umstand, daß, abgesehen von den Fällen, in denen der Erwerb des unmittelbaren

[48]) Daraus aber, daß die Apprehension bei derartigen Mobilien nur ausnahmsweise als Erwerbsmodus anerkannt ist, folgt ebenfalls, daß der Mobiliarbesitzerwerb sonst unter anderen Regeln steht.

Rechts durch Ereignisse sich vollzieht, Wille zur Vermittlung des Besitzerwerbes nothwendig ist. Den Besitz der in unsere custodia gekommenen Sachen erwerben wir durch Tradition:

1) wenn wir sie in Einverständniß mit dem Veräußerer und mit dem Besitzwillen in unsere custodia geschafft haben;

2) aber auch schon dann, wenn der Veräußerer mit dem Willen, Besitz zu übertragen, sie in unsere custodia geschafft hat, l. 18 § 2 de poss:

> si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.[49])

Haben wir hierzu Auftrag gegeben, so wird der Besitz dann sofort erworben, da wir unsren Willen im Auftrage schon genügend geäußert haben. Es wäre ja auch unerhört, daß das der Bestellung gemäß in unserem Hause niedergelegte Bücherpacket, die auf unserem Bauplatz niedergelegten Steine, der auf meinen Acker geschaffte Mist, das auf unserer Hausdiele abgeladene Faß Wein plötzlich besitzerlos sein sollten. Hat der Veräußerer einen Auftrag nicht erhalten, so erwerben wir den Besitz unter der Bedingung, daß wir die Handlung des Veräußerers genehmigen. Hierdurch wird der Auftrag ersetzt.[50]) Erfolgt die Genehmigung nicht, so gilt die custodia als für den Veräußerer fortgesetzt.

Daß im Falle des originären Besitzerwerbes die Erlangung der custodia und der vorher, gleichzeitig, oder nachträglich manifestirte Besitzwille genügt, haben wir schon oben ausgeführt.

Die Savigny'sche Schule freilich, welche stets Apprehension und

---

[49]) l. 9 § 3 D. de jur. dot. 23. 3:

„quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur."

[50]) Dies ergiebt sich auch aus den analogen Bestimmungen der l. 42 § 1 de poss., l. 3 C. de poss. — Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Erwerbswille, wie bei jedem anderen Erwerbe, rückwirkende Kraft äußert. Wenn Savigny S. 316 Note 1 sagt:

> „Ein Zurückrechnen, welches hier bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, gilt bei dem Besitze natürlich nicht,"

so ist diese Behauptung durchaus unnatürlich. Will Savigny z. B. das Buch, das ohne meinen Auftrag und ohne mein Wissen, jedoch mit der Absicht, mich zum Besitzer und Eigenthümer zu machen, in meinem Hause abgegeben ist, als ein besitzerloses behandeln? Soll es vielleicht sogar ungestraft gestohlen werden können? Der für den Besitz nothwendige Erwerbswille kann aber dem Erwerbsakte des vollkommenen Rechts zu behalten nur so entnommen werden, wie er in ihm enthalten ist, woraus folgt, daß der Wille abgesehen von den nicht relevanten civilrechtlichen Momenten stets nach den allgemeingültigen Regeln zu beurtheilen ist, l. 24 D. de neg. gest. — Nur wenn man den Besitz für ein Konglomerat von corpus und animus erachtet, ist die Savigny'sche, jedenfalls unpraktische Auffassung logisch nothwendig. Liebe, der den Besitz für

den den Erwerbsakt begleitenden animus domini verlangt und das corpus und den animus nicht losschält von dem Erwerbsakte des unmittelbaren Rechts, wird die den realen Verhältnissen vollständig entsprechende l. 18 § 2 l. c. niemals erklären können. Denn wie kann derjenige den animus domini haben, der gar nicht weiß, daß die Tradition vorgenommen ist? Meischeider S. 233 hält es denn auch für etwas Besonderes, daß das Gesetz statt, wie man erwarten möchte, auszusprechen, daß der Käufer, um den Besitz zu erwerben, von der Niederlegung Kenntniß erhalten haben müsse, es für gleichgültig erklärt, ob im Hause des Käufers mit der Sache vom Käufer oder Namens desselben etwas vorgenommen worden ist. Da aber das Gesetz mit den Erfordernissen des Lebens im vollständigsten Einklange steht, dürfte die Savigny'sche Theorie wohl unrichtig oder wenigstens mangelhaft sein. Auch Ihering hat die l. 18 § 2 de poss. und seine eigenen nach Anleitung derselben gewählten Beispiele u. E. nicht zu erklären vermocht, indem er zu Unrecht das immerhin nothwendige Willensmoment vernachlässigt. Denn mit der bloßen Thatsächlichkeit und Sichtbarkeit des Eigenthums ist es doch nicht gethan. Der derivative Besitzerwerb an Mobilien fordert als corpus freilich die custodia, er vollzieht sich aber nur durch den begleitenden vorher erklärten oder hinzukommenden Willen des Erwerbers. Diese Fälle aber haben durchaus nichts Abnormes. Denn der Erwerb des vollkommenen Rechts zu behalten vollzieht sich unter den vorausgesetzten Umständen ebenfalls ohne begleitendes Wissen und Wollen des Erwerbers, und mehr Wille als in ihm enthalten ist, kann von dem Erwerbsakte nicht abgezogen werden.

Die bloße custodia aber, abgesehen von den bestimmten Fällen, in denen sich der Erwerb des vollkommenen und unvollkommenen Rechts zu behalten durch ein Ereigniß ohne begleitenden Willen vollzieht, giebt den Besitz nicht. An denjenigen Sachen, welche zufällig in unsere Gewahrsam kommen, wie an verirrten Thieren, an den in unseren Räumen aus Versehen stehen gelassenen Gegenständen können wir ohne Weiteres keinen

konzipirten Willen hält, mußte die Savigny'sche Auffassung konsequenter Weise noch überbieten. S. 148 sagt er:

„Die That des Tradenten, welcher die Sache dahin brachte, wo sie sich befindet, wird zur That des Empfängers, der nach dem Weichen des Tradenten und deshalb ohne Furcht eines Konfliktes mit demselben über die Sache weiter disponiren konnte und durch Belassen am Flecke disponirte."

Die Nothwendigkeit einer That des Empfängers will aber Celsus durch die Worte: quamquam id nemo dum attigerit gerade ausschließen. Wie es scheint, mit noch weniger Recht wird S. 151 ein Wahrnehmen und Verstehen der Niederlegungshandlung durch die als Organ des Hausherrn fungirende Familie verlangt.

Besitz erwerben, vielmehr müssen wir unseren Besitzwillen erst durch eine Handlung manifestiren.[51])

So bewährt sich denn überall die römische Regel, daß wir den Besitz durch das corpus und den animus des Erwerbsakts für das vollkommene Recht zu behalten erwerben, daß aber alle anderen rechtlichen Momente abgestreift sind. Wo ein animus zum Erwerbe überhaupt nicht nothwendig gehört, fordert ihn auch der Besitzerwerb nicht. Daher vollzieht er sich durch Ereignisse. Bei der Apprehension von Immobilien (Fall der Okkupation und Tradition) wird stets auf den begleitenden Willen des Erwerbenden und Verlierenden gesehen, wenn auch der letztere bis auf die Kenntniß von der Okkupation und das Abstehen von sofortiger Wiederdejektion abgeblaßt ist, bei Mobilien wird nur der Wille des Erwerbenden erfordert, und zwar kann derselbe den Erwerbsakt begleiten, vorher erklärt werden oder nachträglich hinzutreten.

Eine Apprehension von Immobilien ist ohne Gegenwart nicht denkbar, die custodia kann ohne dieselbe herbeigeführt werden.

b) Besitzerwerb durch Willenserklärung.

Wie scharf wir uns aber dafür ausgesprochen haben, daß sich der Besitzerwerb nur corpore et animo vollziehen könne, dennoch scheint die ganze Theorie durch einige Stellen erschüttert zu werden. Es läßt sich nicht verkennen: Die Römer haben es mit klaren Worten ausgesprochen, daß die bloße Willenserklärung auch zur Uebertragung des Besitzes, nicht bloß des Eigenthums genügt:

l. 18 pr. D. de possess. Celsus:
quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est, possidere et alieno nomine possidere, nam possidet, cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium.[52])

---

[51]) Dies ergiebt sich auch aus l. 47 de poss. (conf. Entsch. des O.Tr. vom 28. Nov. 1867, Entsch. Bd. 59 S. 152). Zwar wird in der l. 47 l. c. nur als Bedingung aufgestellt:
„si rem tibi possidere, neque reddere constitueris ...
Aber von juristischer Bedeutung ist doch nur das in die Erscheinung getretene Wollen, l. 3 § 18, l. 20 de poss. Auch tritt jedenfalls erst mit dieser Handlung der contrectatio, Besitzerwerb ein.

[52]) l. 34 pr. de poss.:
quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt.

Also durch den bloßen Willensentschluß vermag ich den Besitz aufzugeben und auf einen Dritten zu übertragen.

L. 19 eodem, Marcellus:

> qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit; quaero, utrum desinat possidere, an non. Respondi: in promptu est, ut possidere desierit.

Marcellus findet es also offenbar, daß ein nicht besitzender Eigenthümer durch den Pachtvertrag mit dem Besitzer den Besitz zurückerwirbt.

Wir stehen also vor einem anscheinenden Gegensatze: einmal soll der Besitz nur corpore et animo erworben werden, dann aber soll wieder die bloße Willenserklärung genügen. Die herrschende Theorie glaubt sich durch folgende Wendung über dieses mirabile mundi der Glossatoren hinwegsetzen zu können:

> „Da der bisherige Besitzer bereits die faktische Herrschaft über die Sache hat, so bedarf es, um den Besitz für einen Dritten zu erwerben, nur des entsprechenden Willens des Letzteren und des neuen Erwerbers" (Randa S. 459),

und Randa erklärt S. 460 Note 19. a, daß heutzutage über die Regelmäßigkeit des Falles kein Streit bestehe. Der Erwerb durch constitutum possessorium soll ein Besitzerwerb durch einen Repräsentanten sein. Aber bei einem Besitzerwerbe durch Repräsentanten muß der Repräsentant die Sache für den Repräsentirten erst apprehendiren oder in seine Gewehre bringen, bei einem Erwerbe durch Willenserklärung ist dies ganz unnöthig. Die früheren Besitzakte hat der Veräußernde für sich ausgeübt, und der Veräußernde wird erst nach der Veräußerung Stellvertreter im Besitze, also nachdem der Besitz durch Willenserklärung übertragen ist.[53]) Auch läßt sich mit der Randa'schen Deduktion der Satz rechtfertigen, daß eine jede Sukzession nur die betreffende Willenserklärung erfordere. Da z. B. der eingetragene Eigenthümer bereits das eingetragene Eigenthum über die Sache hat, so bedarf es, um das eingetragene Eigenthum für einen Dritten zu erwerben, nur des entsprechenden Willens. Zu dieser Konsequenz dürfte sich aber schließlich Niemand verstehen, und das Endresultat, zu dem die herrschende Schule gelangen müßte, wäre ja auch das, daß zwar der originäre Besitzerwerb des corpus und animus bedürfe, daß sich aber beim derivativen das Erforderniß des corpus durch

---

[53]) Savigny (S. 318) sagt: „Denn da die Apprehension schon früher vorgekommen ist, so braucht sie jetzt nicht wiederholt zu werden." — Aber die Apprehension, welche früher vorgekommen ist, hat der Veräußerer für sich ausgeübt, trotz derselben bleibt es dabei, daß es des corpus des Erwerbers beim constitutum possessorium nicht bedarf.

eine qualifizirte Willenserklärung vollständig umgehen läßt, also der Satz, zu welchem Ihering wirklich geführt worden ist.[54])

Auch bleibt es wunderbar und sonstigen Rechtssätzen widersprechend, daß dem einen Kontrahenten, dem Veräußerer, die doppelte Rolle des für sich Handelnden und des Vertreters zugewiesen werden soll.

Der Besitzerwerb durch constitutum ist eine ganz besondere Art des Besitzerwerbes, sie hat mit dem Besitzerwerb durch Stellvertreter nur das gemein, daß sie corpore alieno vor sich geht, und bildet mit ihm nur eine Unterart eines höheren Begriffes.

Die römische Auffassung des Besitzerwerbes durch Willenserklärung ist die, daß der frühere Besitzer durch die Willenserklärung sein corpus dem Erwerber dienstbar macht, während der Stellvertreter das corpus neu vollzieht.[55])

animo utique nostro, corpore alieno,
alium possessorem ministerio meo facio,
l. 18 pr. de poss.

Die Besonderheiten des Besitzerwerbs durch bloße Willenserklärung sind aber folgende:

a) Der Erwerber erlangt nur vollständigen Besitz ohne eigenes corpus. Der Veräußernde behält den körperlichen Besitz bezw. die custodia der beweglichen Sache. Das corpus bezw. die custodia wird ihm vertragsmäßig belassen und daher bleibt er in allen Fällen natürlicher Besitzer.[56]) Er darf also schon aus diesem Grunde nicht gewaltsam dejizirt

---

[54]) Als einen Erwerb durch Stellvertreter fassen die Römer das Konstitut nicht auf. Ulpian sagt in der l. 77 de R. V.:

quasi per ipsam acquisierit possessionem veluti per colonam,

womit er zwar eine Aehnlichkeit, zugleich aber auch eine Verschiedenheit behauptet. Celsus erklärt in der l. 18 pr. de poss. zutreffend, daß man zunächst durch Willenserklärung den Besitz aufgebe und dann Stellvertreter im Besitze werde. Es ist eben nur richtig, daß der Veräußerer nach Abschluß des Konstituts als Stellvertreter zu behandeln ist. Davon aber, daß er als Stellvertreter den Besitz apprehendiren müsse, kann keine Rede sein. — Umgekehrt kann man den Besitzerwerb durch Stellvertreter theilweise nur durch das Konstitut rechtfertigen, indem der Stellvertreter durch seinen Willen sofort den Besitz auf den Vertretenen überträgt.

[55]) Die Behauptung Liebe's S. 133, daß es unter gesetzliche Ausnahmsregeln gestellte Fälle des Besitzüberganges nicht giebt, dürfte nicht erwiesen sein. Vielmehr muß sie, da dadurch das Konstitut jedem anderen Besitzerwerbe gleichgestellt wird, mit Nothwendigkeit zur Ihering'schen Theorie über den Besitzerwerb führen.

[56]) Diese Auffassung stimmt mit der l. 17 § 1 dep., l. 19 de poss. überein, wonach ein Verwalter auch natürlichen Besitz nur dann haben kann, wenn er ihm vertragsmäßig übertragen ist.

werden. Selbst ein dahin gehender Vertrag würde keine Rechtswirkung haben, l. 27 § 4 D. de pactis 2. 14.

> Item, ne experiar interdicto Unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus.

Der Veräußerer einer beweglichen Sache kann schon durch die Manifestirung seines Willens den Besitz zurückerlangen, und daher braucht er sich dieselbe niemals mit Gewalt wegnehmen zu lassen. Der Veräußerer behält wegen seines natürlichen Besitzes stets ein Retentionsrecht. Jedoch ist dies kein Grund den Besitzübergang zu leugnen, wie man dies in der Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter gethan hat.

b) Der Besitz wird durch Willenserklärung definitiv nur dann übertragen, wenn der Veräußerer verpflichtet ist[57]), für den Erwerber zu besitzen. Es giebt ein bindendes und ein nicht bindendes Konstitut. Ist der Veräußernde noch berechtigt, die Sache definitiv zu behalten, so behält er auch den Besitz. Er vermag ohne Weiteres wieder auf die Sache einzuwirken, nicht aber der Käufer. Dem letzteren steht ein interdictum unde vi nicht zu, wenn er nicht zugelassen wird, da die Nichtzulassung propter justam et probabilem causam (l. 12 D. unde vi) erfolgt, er vermag sich die Besitzhandlungen des noch berechtigten Veräußerers mit dem interdictum uti poss. nicht zu verbitten, kann ihm auch die Sache durch kein Rechtsmittel ablangen.

1. Damit aber eine solche Verpflichtung entstehe, ist vor allem nöthig, daß die causa des Konstituts, das Veräußerungsgeschäft, rechtsgiltig sei. Der Besitzübergang im Falle der constitutum's ist abhängig von der causa traditionis.[58])

Die Römer haben es mit aller Energie betont, daß ein heimlicher Besitz, das Prekarium, die Pacht der eigenen Sache undenkbar sei, l. 40 § 3 D. de poss.:

> respondit, non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione, neque conductione suae rei dominum teneri, et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari,

und aus diesem von der Theorie vernachlässigten Satze folgt zur Evidenz, daß der Eigenthümer, der wegen der Ungültigkeit des Veräußerungsgeschäfts das Recht an der Sache zurückbehält, dennoch aber ein constitutum possessorium abschließt, auch den Besitz insofern nicht verliert,

---

[57]) Selbstverständlich braucht diese Verpflichtung nicht gerade auf einer Obligation zu beruhen, es ist auch möglich, daß dem Erwerber eine bloße Vindikation zusteht.

[58]) Dieser Grundsatz ist von der größten Bedeutung beim Besitzerwerbe durch Stellvertreter, namentlich mit Hinsicht auf das Transportgeschäft.

daß er kein Delikt begeht und dem interdictum unde vi und dem interdictum uti poss. nicht anheimfällt, wenn er die ganze Sache in jeder Beziehung wieder usurpirt. Und wie könnte man ihn auch daran verhindern und ihn wegen der eigenmächtigen Ausübung seines Rechts bestrafen, da er sich ja noch im körperlichen Besitze der Sache befindet?

Die Richtigkeit dieses Satzes läßt sich auch an den umgekehrten Beispielen nachweisen. Wenn ich eine Sache zu beschränktem Rechte abtrete, so verliere ich den Besitz schon dann, wenn dem Prekaristen, Pächter u. s. w. das definitive Recht zusteht, l. 21 D. de usurp. 41. 3:

> si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset; sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit. l. 33 § 5 eodem, l. 29 D. de pign. act. 13. 7.

Der Prekarist, der Pächter und der Miether der eigenen Sache erhält trotz des Prekariums oder des Vertrages dem precario rogatus, dem Verpächter oder dem Vermiether den Besitz nicht, er verfällt daher auch nicht dem interdictum unde vi oder überhaupt einer Schadensersatzklage, wenn er ohne Weiteres den precario rogatus, den Verpächter oder Vermiether von der Sache abwehrt und selbst auf sie einwirkt. So verstößt derjenige Kolon, welcher den Verpächter wegen einer gerechtfertigten Ursache, d. h. wegen irgend eines definitiven Rechts nicht zuläßt, nicht dem interdictum unde vi, l. 12 D. de vi:

> nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset,

und die l. 10 C. unde vi enthält die höchst charakteristische Verordnung, daß die Pächter, welche das Grundstück usurpiren, dann bestraft werden sollen, wenn sie zur Zurückgabe definitiv verurtheilt sind, also dann nicht, wenn sie der Klage des definitiven Rechts wegen einer ihnen zustehenden exceptio entgehen können:

> eos namque jubemus pro tanta suae iniquitatis impudentia, si cognitionis judiciariae eventu fuerint condemnati, rei, cujus possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli. l. 33 C. de locat. cond. 4. 65.

Die unvollständigen natürlichen Besitzer können also nur aus dem definitiven Rechte bestraft werden, wenn sie die Sache vollständig usurpiren, d. h. sie sind nur dann verpflichtet, den Besitz für ihren Auktor fortzusetzen, wenn ihnen nicht selbst das definitive Recht an der Sache zusteht.

In gleicher Weise überträgt ein constitutum possessorium Besitz endgültig nur mit dem definitiven Recht, d. h. nur wenn das Veräußerungsgeschäft gültig ist. Ist wegen der Ungültigkeit desselben das definitive

Recht beim Veräußernden geblieben, so ist es auch der Besitz, und derselbe kann ohne Weiteres auf die Sache einwirken und Jeden, auch den Erwerber von derselben abwehren. Darin liegt der Hauptunterschied zwischen dem eigentlichen Besitzerwerbe durch corpus und animus und dem constitutum possessorium:

> Durch corpus und animus werden wir Besitzer, auch wenn wir das definitive Recht nicht haben, durch das Konstitut werden wir nur dann Besitzer, wenn zugleich das definitive Recht auf uns übergegangen ist! Der Eigenthümer, welcher als natürlicher Besitzer den Besitz der Sache erhält oder zurückbehält, erhält oder behält damit den Besitz.

Die Savigny'sche Schule freilich, welche in den Begriffen „Besitz und Eigenthum" bloße Gegensätze zu erblicken gewohnt ist, wird diese Verbindung von Besitz und definitivem Rechte unerträglich finden,[59]) Ihering, der schließlich jeden Besitzerwerb auf Willenserklärung gründen will, erhebt das Konstitut zu allgemeiner Geltung, ohne seine Besonderheiten zu beachten.

Von der Regel, daß der Besitzerwerb auf Grund eines constitutum possessorium durch den Uebergang des definitiven Rechts bedingt ist, giebt es nur eine Ausnahme, die, daß die Kontrahenten allein und ausschließlich über den Besitz Abrede getroffen haben. Dieselben können beim constitutum, wie bei der traditio die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf den bloßen Besitz beschränken. Dies geschieht hauptsächlich in folgenden Fällen:

a) wenn ein Nichteigenthümer dem nicht besitzenden Eigenthümer gegenüber im Bewußtsein der Rechtslage erklärt, daß er für ihn besitzen wolle, sei es als Prekarist, oder Pächter, Miether u. s. w. Hier tritt Besitzerwerb und Besitzverlust unzweifelhaft ein, l. 19 D. de poss., l. 21 eodem, l. 22 pr. de prec.;
b) wenn der besitzende Eigenthümer ausdrücklich erklärt, daß er vorläufig als Prekarist, Pächter oder Miether seines Gegners besitzen wolle, bis er die Vindikation durchgeführt habe. Auch hier tritt Besitzerwerb und Besitzverlust ein, l. 25 D. de poss. Dieser Fall wird der Regel nach nur dann vorkommen, wenn die Parteien sich über Eigenthum oder Besitz streiten.

---

[59]) So hält es Liebe S. 133 für unmöglich, daß ein Pakt die Bedeutung haben könne, daß das Selbsthülferecht, das Recht den Anderen hinauszuwerfen (der Besitz) von der Eigenthumsfrage regulirt werden sollte. — Ein Vertrag freilich, daß man ungestraft: dejiziren könne, ist ungültig, in dem Recht, nicht dejizirt zu werden, geht aber der Besitz nicht auf.

Die vorgetragenen Regeln werden von Tertullian in der l. 28 D. de poss. zuſammengefaßt. Er beſchäftigt ſich ganz ausdrücklich mit der Frage, wie weit der Beſitzer durch ein Konſtitut (durch Eingehung eines Pachtverhältniſſes) den Beſitz verliert, der Verpächter ihn alſo gewinnt:

si aliquam rem possideam, et eandem postea conducam, an amittam possessionem?

Er meint nicht, daß das Konſtitut ſtets den Beſitz übertrage, wie die moderne Schule, die zwiſchen Beſitzerwerb durch corpus und animus und den bloßen animus keinen Unterſchied macht, ſondern im Gegentheil, daß es auf die gegebenen Verhältniſſe ankomme:

multum refert, in his quid agatur;

zunächſt ſoll es darauf ankommen, ob ich weiß, daß ich Beſitzer bin, oder ob ich dies nicht weiß:

primum enim refert, utrum sciam me possidere, an ignorem,

im letzteren Falle iſt das Veräußerungsgeſchäft wegen Irrthums überhaupt ungültig, weil ich den rechtlich anerkannten Willen haben muß, den Beſitz aufzugeben. Sodann iſt es von Erheblichkeit, ob ich die Sache als eine mir nicht gehörige pachte, oder als eine mir gehörige:

et utrum quasi non meam rem conducam, an quasi meam.

Gehört mir nämlich die Sache nicht, ſei es, daß ich ſie zuvor gültig veräußert habe, ſei es, daß ich mit einem Rückforderungsberechtigten kontrahire, und pachte ich ſie nun auch als eine mir nicht gehörige, ſo liegt es auf der Hand, daß ich den Beſitz verliere, l. 19 D. de poss.:

qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit; quaero, utrum desinat possidere, an non. Respondi: in promptu est, ut possidere desierit. l. 21 eodem.

Gehört mir dagegen die Sache, ſei es, daß ich das Veräußerungsgeſchäft irrthümlich für rechtsgültig erachte, ſei es, daß ich ein nicht exiſtirendes Rückforderungsrecht vorausſetze, ſo verliere ich auch nicht einmal den Beſitz der mir noch gehörigen Sache, und zwar aus zwei Gründen, da ich mich irre, und da die Pacht der eigenen Sache überhaupt keine Rechtskraft hat.

Wenn ich nun aber weiß, daß die Sache mir gehört, ſo wird es weiter darauf ankommen, ob mir die Sache als Eigenthümer zuſteht, oder nur der vorläufige Beſitz derſelben. Bin ich Eigenthümer und bleibe es auch, ſo iſt der Pachtvertrag an ſich von keiner Bedeutung, auch nicht für den Beſitzverluſt, da Niemand ſeine Sache pachten kann. Aber andrerſeits vermag ich ausdrücklich einen Kaufvertrag oder eine Stipulation über den Beſitz der mir gehörigen Sache abzuſchließen:

et sciens, meam esse, utrum quasi proprietatis respectu, an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas, et ego emam a te possessionem ejus rei, vel stipuler, utilis erit et emtio et stipulatio;

Daher werde ich auch den Besitz meiner eigenen Sache auf einen Dritten übertragen und als conductor wieder erlangen können, wenn der Wille ausdrücklich auf dieses Besitzgeschäft sich richtet:

et sequitur, ut et precarium et conductio, si specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.

Die Folge ist dann lediglich die, daß der Verpächter vorläufig als vollständiger Besitzer, ich als Pachtbesitzer angesehen werden, bis ich die Klage des definitiven Rechts durchgeführt habe.

Wenn ich dagegen weiß, daß mir die Sache nur dem Besitze nach gehört, und pachte sie vom Eigenthümer, so haben wir schon gesehen, daß unzweifelhaft Besitzerwerb und Besitzverlust eintritt.[60])

Es ist merkwürdig, daß das preußische Landrecht den Satz des römischen Rechts, daß die Giltigkeit des Konstituts von der Uebertragung des Eigenthums abhängt, vielleicht unbewußt zum Ausdrucke bringt. Im § 73 A.L.R. I. 7 heißt es:

„Miethet oder pachtet der bisherige Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe von einem Anderen, so vertritt dieser Vertrag zugleich die Stelle der Einräumung des vollständigen Besitzes."

Wie ist es nun aber, wenn der Miether oder Pächter Eigenthümer ge-

---

[60]) Savigny S. 46 äußert sich über die sogenannten Besitzverträge dahin: „Die Bedeutung dieser Ausdrücke ist gar nicht, daß durch diese Geschäfte der juristische Besitz übertragen werde. . . . Die Bedeutung jener Ausdrücke ist vielmehr die, daß durch die Rücksicht auf des Verkäufers u. s. w. bisherigen Besitz als auf ein juristisches, im positiven Recht anerkanntes Verhältniß jene Verträge gültig werden, welche außerdem deswegen ungültig gewesen wären, weil sie kein juristisches Objekt gehabt hätten."

Der erste Satz dürfte nach dem im Texte Vorgetragenen unrichtig sein. Es ist eine ziemlich häufig angewendete Eigenthümlichkeit der Savigny'schen Interpretation, daß, wo die Römer ausdrücklich vom Besitze und selbst ausschließlich von ihm sprechen, der Besitz gerade nicht gemeint sein soll (conf. die Erklärung der l. 46 D. de donat. inter vir. et ux. S. 80 Note 1, die der l. 11 de A. R. D. S. 355 Note 4).

Dagegen dürfte die Richtigkeit des zweiten Satzes nicht zu bestreiten sein, daß die ausdrücklich über den Besitz allein geschlossenen Rechtsgeschäfte gültig sind, also auch z. B. beim Kaufe das Kaufgeld selbst dann gezahlt werden muß, wenn dem Käufer die Sache entwährt wird. Das Objekt, welches er gekauft hat, Besitz, vorläufiges Recht, ist ihm ja in der That geworden. Dagegen braucht er das Kaufgeld dann nicht zu bezahlen, wenn er beabsichtigte, das definitive und absolute Recht zu erlangen, l. 16 D. de contrah. emt. 18. 1, l. 34 § 4 eodem.

blieben ist? Sollte vielleicht die römische Regel adoptirt werden, daß die Miethe und Pacht der eigenen Sache ohne jede Rechtswirkung ist?

2. Damit der Veräußerer verpflichtet werde, für den Erwerber zu besitzen, muß ferner das Konstitut selbst rechtsgiltig sein, d. h. es wird eine bestimmte, auf den Besitz gerichtete, dem Erwerber gegenüber abgegebene,[60a]) den materiellen und formellen Erfordernissen entsprechende Willenserklärung vorausgesetzt.[61])

Savigny sagt S. 320 gewiß mit Recht:

ein Constitutum ist in der Regel nicht anzunehmen.

Der bloße Vertrag überträgt das definitive Recht zu behalten überhaupt nicht, l. 20 C. de pactis, vielmehr muß die Absicht der Kontrahenten auf dies Recht besonders gerichtet sein, also dahin, daß der Erwerber sofort auf die Sache einwirken könne. Diese Absicht wird durch den Abschluß eines precarium's erreicht, also durch eine Abrede, daß der Erwerber nach beliebigem Widerrufe des precarium's die Sache übernehmen könne, dadurch, daß dem Erwerber der vollständige Besitz überlassen wird, und der Veräußerer sich nur unvollständigen Besitz oder sogar nur die Bewachung der Sache für den Erwerber vorbehält. Es muß bestimmt erhellen, daß der Veräußerer den vollständigen Besitz aufgiebt und sich nur das corpus und bestimmte Besitzrechte vorbehält. Diese Erklärung darf nicht z. B. wegen Irrthums (conf. l. 25 D. de poss.) anfechtbar sein und erfordert die Form[62]) eines Veräußerungs-

---

[60a]) Wenn aber der Auftrag sofort dahin ging, eine Sache zu kaufen und demnächst in Verwahrung zu halten, und die Mittelsperson nimmt die gekaufte Sache dem entsprechend in Verwahrung, so erscheint dies genügend.

[61]) Daß das Konstitut nur den derivativen Erwerb (Tradition) vermittelt, bedarf kaum der Erwähnung.

[62]) Eine sehr interessante Frage nach preußischem Rechte ist, ob das Konstitut unter Umständen der Schriftform bedarf. U. E. ist das Konstitut ein besonderer Vertrag über den Besitz und erfordert deshalb die Vertragsform. Wenn Förster S. 49 dagegen geltend macht, daß dem const. poss. die Vertragsnatur nicht essentiell, es vielmehr eine einseitige Erklärung sei, so übersieht er, daß ein nicht akzeptirtes Konstitut den Besitz endgiltig nicht überträgt, die Vertragsnatur also demselben gerade essentiell ist, wie es denn auch sonst wie ein Vertrag (wegen dolus, metus, error u. s. w.) angefochten werden kann. Wenn ferner dagegen angeführt wird, daß auch die Willenserklärung des Tradenten einer Form nicht bedürfe, so wird übersehen, daß beim Besitzerwerbe durch corpus und animus das Veräußerungsgeschäft überhaupt unerheblich ist, nicht dagegen beim Besitzerwerbe durch Willenserklärung. Nach der Auffassung der Savigny'schen Schule freilich kann es einen Vertrag über den Besitz gar nicht geben, und daher erklärt sich die Opposition, auf welche das Pr. 2574 in der Literatur gestoßen ist. Als Realvertrag läßt sich das constitutum ebenfalls nicht auffassen, da der Besitz nicht realiter tradirt wird. Die Form ist

geschäfts, da eben die Besitzrechte veräußert werden. Dagegen wird wohl unrichtig von verschiedenen Schriftstellern der Abschluß eines Rechtsgeschäfts gefordert, welches den Inhaber zum einstweiligen Behalten ermächtigt; auf dies Rechtsgeschäft oder sogar seine Gültigkeit kommt es überhaupt nicht an, vorausgesetzt, daß der Veräußernde eine rechtsgiltige Erklärung abgegeben hat, daß er seine Besitzrechte zu Gunsten des Erwerbers aufgiebt. Es ist eine rechtsgiltige Veräußerung der Besitzrechte des Veräußerers, aber nicht eine rechtsgiltige Konstituirung seiner unvollständigen Besitzrechte zu verlangen. Sind letztere nicht bestimmt angegeben, so läßt sich nur behaupten, daß auch nicht klar erhelle, welche Besitzrechte der Veräußerer aufgegeben habe, und nur aus diesem Grunde kann man die Giltigkeit des Konstituts verneinen, nicht aber wegen der Ungiltigkeit oder Anfechtbarkeit des geschlossenen Pacht- oder Miethsvertrages.

Ist die Einräumung des Nießbrauchs, der Pacht, der Miethe, ungültig, so folgt nur daraus, daß der Erwerber sofort den unbeschränkten Besitz der Sache fordern kann; wie die Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäfts aber auf den erfolgten Besitzübergang irgend eine Rechtswirkung ausüben soll, ist nicht einzusehen. Man verwechselt die Rechtsgeschäfte, Veräußerungsgeschäft und Konstitut, durch welche das vollständige Recht an den Erwerber veräußert wird, und dasjenige, durch welches dem Veräußernden wieder ein beschränktes Recht abgetreten wird. Die Rechtsgiltigkeit der ersteren, der causa des Konstituts und des Konstituts selbst, ist Bedingung des Besitzerwerbes durch constitutum possessorium, weil Niemand die ihm noch gehörige Sache miethen, pachten u. s. w. kann, und das Konstitut selbst der Vertrag ist, durch welchen der Besitz veräußert und erworben wird; die Rechtsgiltigkeit des zweiten ist aber vollständig unerheblich, und am wenigsten sollte man für dasselbe zu dem Zwecke eine Form fordern, damit das Konstitut Rechtsgiltigkeit erlange.[63])

---

aber prinzipiell weder die des Veräußerungsgeschäfts, noch die des Geschäfts, durch welches die Besitzrechte des Erwerbers neu bestimmt werden. Es ist in formeller und materieller Beziehung selbstständig zu beurtheilen, da es eben ein selbstständiges Veräußerungsgeschäft hinsichtlich des Besitzes ist. Die causa des Veräußerungsgeschäfts beeinflußt es nur aus dem Grunde, weil Niemand seine Sache als unvollständiger Besitzer haben kann.

[63]) Für unrichtig müssen wir daher die dahin gehenden Ausführungen erachten, daß die Giltigkeit des Verwahrungs-, des Verwaltungsvertrages, der Konstituirung des Nießbrauchs die Giltigkeit des Konstituts bedinge. Die Rechtsgiltigkeit dieser Verträge ist zur Rechtsgiltigkeit des Konstituts, das einen besonderen Vertrag über den Besitz bildet, nicht nothwendig. Man verwechselt die causa traditionis und retraditionis. Die erstere wird zur Uebertragung des Besitzes erfordert, die andere

3. Die Erklärung des Veräußerers, für den Erwerber besitzen zu wollen, muß ferner akzeptirt sein, um eine Verpflichtung zu erzeugen. Es kann hierzu unmöglich genügen, daß der Veräußerer dieselbe einseitig für sich abgiebt. Dies Erforderniß wird von den Meisten nur deshalb geleugnet und das Konstitut als einseitiger Akt aufgefaßt, weil die Akzeptation sehr häufig vorher erklärt ist. So ist es denn freilich selbstverständlich, daß wenn ich Jemand beauftragt habe, für mich zu kaufen, und derselbe die Sache sofort für mich in Gewahrsam nimmt, es nicht noch einer besonderen Akzeptation bedarf, da dieselbe bereits im Auftrage enthalten ist. Die Römer haben nie daran gezweifelt, daß der animus des Erwerbenden vorhanden sein müsse. Paul. Sent. Rec. V. 2 § 1:

Possessionem acquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno.

Nur wenn in dieser Weise eine Verpflichtung des Veräußerers geschaffen wird, für den Erwerber zu besitzen, kann der Erwerber eines Grundstücks die nicht reservirten Besitzrechte mit Gewalt geltend machen, ihm steht das interdictum unde vi zu, wenn er dem Vertrage entgegen nicht zugelassen wird; die Ausübung nicht reservirter Besitzrechte Seitens des Veräußerers verbittet er sich mit dem interdictum uti poss., und endlich vermag er die Sache von dem Veräußerer abzulangen, auch wenn er nicht gerade das absolute Recht erworben haben sollte.

Der Erwerber einer beweglichen Sache kann die übertragenen Besitzrechte ebenfalls ohne Weiteres ausüben. Doch ist dabei zu berücksichtigen, daß der Veräußerer durch jede Manifestirung seines Willens den Besitz zurückerwirbt, so daß ein Rechtsmittel vorläufigen Rechts gegen ihn überhaupt nicht gegeben ist, sondern nur eine wenn auch relative Klage definitiven Rechts.

Trotz alledem ist zuzugeben, daß auch durch den bloßen animus ohne bindende Verpflichtung des Veräußerers, also ohne ein giltiges Veräußerungsgeschäft, ohne ein giltiges Konstitut und selbst ohne Annahme desselben und ohne Erklärung dem Erwerber gegenüber Besitz übertragen werden kann. Wenn Jemand sich nur entschließt, für einen Dritten

nicht. Noch Niemand hat die Giltigkeit einer Tradition davon abhängig gemacht, daß die Vorbehalte, die sich der Verkäufer gemacht hat, rechtsgiltig seien. Daher erscheint uns das Erk. des Reichsgerichts (Entsch. Bd. V S. 181) prinzipiell unrichtig, wenn gleich es sich aus dem Grunde aufrecht erhalten läßt, daß die übertragenen Besitzrechte nicht genau bestimmt seien. Aus gleichem Grunde dürften die Ausführungen in dem Erk. vom 4. Juni 1866 (St. Arch. Bd. 63 S. 200, Reichsgericht Entsch. Bd. I S. 391) zu bemängeln sein, daß das Konstitut die Form desjenigen Vertrages erfordere, kraft dessen der Veräußerer die Sache für den Anderen in seiner Gewahrsam halten wolle.

besitzen zu wollen, so muß man den Dritten für den Besitzer erachten. Denn mit Paulus in der l. 1 § 20 de poss. ist dahin zu argumentiren, daß wenn wir einen Besitzerwerb nicht annehmen würden, es geschehen würde, daß der Veräußerer nicht besitzt, weil er nicht besitzen will, und der Dritte nicht, weil er nicht erworben hat. Aber ein derartiger Besitzerwerb ist kein definitiver, er stützt sich lediglich auf den animus des Veräußernden, der noch stets zurückgenommen werden kann. Nach der Zurücknahme desselben ist daher ein interdictum unde vi, ein interdictum uti poss. des Erwerbers nicht begründet, und ebensowenig hat er, abgesehen von der Obligation, ein Rechtsmittel, um sich den Besitz zu verschaffen. Es giebt eben ein weder den Veräußerer noch den Erwerber bindendes Konstitut.

c) Nur von demjenigen, der selbst körperlich besitzt, kann man durch Willenserklärung Besitz erwerben, l. 32 § 1 de poss.; denn nur er vermag sein corpus uns dienstbar zu machen und zwar nur in der Gestalt, wie er selbst hat.

Als selbstverständlich dürfte es aber erscheinen, daß beim constitutum possessorium vorauszusetzen ist, daß auch der Erwerb corpore et animo möglich ist, denn sonst steht Erklärung und Wirklichkeit in einem unlösbaren Gegensatze. Das Konstitut kann nicht weiter reichen als die Möglichkeit der körperlichen Uebergabe. Wir nehmen daher nicht an, daß man Besitz an einer mit einer anderen verbundenen Sache vor der Trennung erwerben kann, also auch nicht an stehenden Bäumen durch Anschlag mit dem Waldhammer; denn vor der Trennung ist eine körperliche Tradition nicht denkbar, vielmehr übt der Veräußernde, wenn auch allein durch die Verbindung, noch Besitzhandlungen aus.[64]) § 47 A.L.R. I. 7. Auch kommt hinzu, daß es undenkbar ist, daß der Veräußerer die noch stehenden Bäume wegen der Verbindung mit Grund und Boden als Theil eines Immobilie besitze und sie doch zugleich als Mobilien für den Erwerber besitze.[65])

Bei unserer Auffassung dürften aber in der That die anscheinenden

---

[64]) Meischeider S. 257. — Randa S. 366 Note 19. — Förster § 160 Note 32. — Ueber die nicht ganz gleichmäßige und theilweise entgegenstehende Praxis des preußischen Ober-Tribunals vergleiche Förster a. a. O., und dagegen die l. 40 D. 19. 1.

[65]) l. 23 § 2 de usurp.:
„neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa."
Wolle auf den Schafen, stehende Früchte und Bäume können daher nur mit dem Thiere oder mit dem Grund und Boden übergeben werden.

Widersprüche des römischen Rechts und die aufgeworfenen Zweifel verschwinden.

Korporaler Besitzerwerb und Besitzerwerb durch Willenserklärung unterscheiden sich in den Bedingungen und Wirkungen. Für ersteren ist die Giltigkeit der Veräußerung und der Besitz des Auktors unerheblich, nicht so für letzteren; der erstere wirkt Besitz mit corpus, der letztere ohne eigenes corpus, woraus die mannichfachen Verschiedenheiten resultiren.

Es erklären sich zunächst diejenigen Stellen, welche einen Besitzerwerb an Mobilien vor Erlangung der custodia anerkennen. Die Uebergabe der Schlüssel,[66]) das Zeichnen der Sache durch den Käufer u. s. w. vor erlangter Gewahrsam ist nicht das corpus des Besitzerwerbes, vielmehr liegt dieses in Bezug auf Mobilien nur in der custodia, es ist aber eine durch konkludente Handlungen vollzogene Willenserklärung, die unter der Bedingung den Besitz endgiltig überträgt, daß das Veräußerungsgeschäft giltig ist, und die Absicht der Parteien sich darauf richtet, daß dem Erwerber das Recht vollständiger Einwirkung sofort zusteht, und dem Veräußernden nur ein beschränktes Recht oder die Bewachung erhalten bleibt.[67]) Ob die letztere Bedingung erfüllt ist, ist selbstverständlich eine rein thatsächliche Frage:[68])

---

[66]) Der § 65 A.L.R. I. 7 faßt die Tradition durch Uebergabe der Schlüssel als symbolische Tradition auf.

[67]) Wir glauben darauf Gewicht legen zu müssen, daß nur wo corpore et animo Besitz erworben wird, die Römer ausdrücklich sagen, daß Eigenthum und Besitz zugleich übergehe. Wenn also der naturale Besitz des Speichers, wenn auch nur Zwecks Bewachung der verkauften Waaren durch Einhändigung der Schlüssel an Ort und Stelle übergeben wird, so erlangt damit der Käufer die Gewahrsam der Waaren und somit ihren Besitz corpore et animo:

> si claves apud horrea traditae sint, quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur. l. 74 D. 18. 1.

Dagegen wird der Besitzerwerb durch constitutum durch das Wort „videri“ umschrieben:

> et vina tradita videri, l. 1 § 21 de poss., videri autem trabes traditas, l. 14 § 1 18. 6.

In der l. 9 § 6 de A. R. D. fehlt die Behauptung, daß Besitz übergegangen sei, ganz. In der l. 51 D. de poss. wird der ohne eigentliche Gewahrsam bloß durch Anordnung einer Bewachung erworbene Besitz als possessio animi quodam genere bezeichnet. (So auch Basil. lib. V. tit. II. 50: καὶ ψυχῇ μόνῃ κτῶμαι . . .)

[68]) Daher kann man sehr wohl in der Bezeichnung mit der Hausmarke ein Konstitut erblicken, wenn sie nach Sitte und Gewohnheit diese Absicht zum Ausdrucke bringen soll. (conf. Meischeider S. 257, Heise Handelsrecht § 15 S. 29.) Es ist aber Gewicht darauf zu legen, daß nur eine Bezeichnung unter Bewilligung des Veräußerers genügt. Ein Konstitut im Falle der Okkupation giebt es nicht. Zeichnung von Schafen wird für genügend erachtet. Seuffert Arch. Bd. 30 Nr. 119.

l. 14 § 1 D. de peric. et comm. 18. 6:
videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.
l. 1 § 2 D. eodem:
magis enim ne submutetur signari solere, quam ut traditum videatur.

Nur muß man sich wohl hüten, durch den Umstand, daß die Römer den Besitzerwerb durch corpus und animus und durch Willenserklärung nicht genau scheiden, wo sie die gleichen Wirkungen beider im Auge haben, sich verleiten zu lassen, die Regel des Paulus l. 3 § 1 de poss. in ihrer Bedeutung zu verkennen.

Streitig ist, ob zum constitutum possessorium die Erklärung der Parteien genügt, daß hiermit tradirt sei.[69]) Es dürfte richtiger sein, die Frage auch vom Standpunkte des römischen Rechts zu verneinen. Die Erklärung ist zu unbestimmt und läßt es ungewiß, ob und welche Besitzrechte dem Erwerber eingeräumt sein sollen. Daher wird man anzunehmen haben, daß ihm ein Recht zu Besitzhandlungen überhaupt noch nicht zusteht.

Jedenfalls ist die Frage nach modernem Rechte zu verneinen. Das Bekenntniß erfolgter Uebergabe wurde wenigstens unter der Herrschaft der alten preußischen Hypothekenordnung nur zu dem Zwecke abgegeben, um die Eintragung herbeizuführen. Daß in demselben eine Ermächtigung für den Käufer liegen soll, den Besitz ohne Weiteres und eigenmächtig zu ergreifen, läßt sich nicht mehr, wenigstens nicht unter allen Umständen, behaupten.[70]) Insofern würden wir daher der Ausführung Randa's S. 468 beitreten, daß aus dieser Erklärung durchaus nicht der Wille des Veräußerers ersichtlich sei, in Zukunft für den Erwerber zu detiniren.

Liegt nun aber in der Uebergabe der Urkunden (l. 1 C. de donationibus 8. 54), der symbolischen Tradition des Mittelalters, der Eintragungsbewilligung ein constitutum possessorium? Wir glauben kaum, daß Kontrahenten, welche eine Sache an Stelle der anderen hingeben oder die Eintragung bewilligen, damit den Erwerber berechtigen wollen, ohne Weiteres und auch gegen den Willen des Veräußerers auf die Sache einzuwirken. Allerdings ist es lediglich eine thatsächliche Frage,

---

[69]) Die Erklärung, die Gegenstände ohne Weigerung und Vorbehalt auf jedesmaliges Verlangen auszuantworten, und nach unbeschränktem Belieben zur Verfügung zu stellen, wird bald für genügend erachtet, bald nicht. (Seuff. Arch. Bd. 25 Nr. 98.) Es dürfte doch wohl der Abschluß eines Prekariums anzunehmen sein.

[70]) Eine andere Frage ist, ob man in dem Bekenntniß erfolgter Tradition ein zwischen den Parteien wirkendes Beweismittel der Tradition erblicken will. Gegen ein derartiges Zugeständniß ist noch der Gegenbeweis zulässig.

wie weit man in konkludenten Handlungen die genügend bestimmte Erklärung erblicken will, daß der Veräußerer nur noch für den Erwerber besitzen wolle. So weit man dies thut und thun kann, liegt in der symbolischen Tradition des Mittelalters ein römisches Konstitut. Geht man darüber hinaus, so kommt man zu einem Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb, zur Konstruktion eines unzerstörbaren, gegen Dritte verfolgbaren, nicht obligatorischen Forderungsrechtes, wie es ja in der Eintragung unzweifelhaft geschaffen ist.

Daß übrigens die l. 1 C. de don. mit der vorliegenden Frage eigentlich nichts zu thun hat, daß sie den Besitzerwerb von Sklaven, der sich corpore et animo vollzieht, behandelt, haben wir schon oben gesehen.

Zum Schlusse unsrer gesammten Ausführungen über das Konstitut müssen wir aber noch einmal auf den Gegensatz hinweisen, der von der herrschenden Theorie vollständig verkannt wird, ohne dessen scharfe Erfassung aber weder die Lehre vom Konstitutum selbst noch vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter verstanden werden kann; wir meinen den Gegensatz vom verbindenden und nicht verbindenden Konstitut. Verbindend ist dasselbe nur,

a) wenn es akzeptirt ist (freilich kann die Akzeptation schon im Auftrage liegen),
b) wenn es dem Erwerber gegenüber erklärt ist,
c) wenn ihm eine justa causa zu Grunde liegt, d. h. wenn es zugleich das definitive Recht überträgt.

Sonst überträgt zwar der Tradent durch seine Willenserklärung ebenfalls Besitz, da er aber an dieselbe nicht gebunden ist, kann er seinen Willen zurücknehmen, in welchem Falle es so angesehen wird, als sei überhaupt nichts geschehen. Auch der Erwerber ist selbstverständlich vor der Akzeptation nicht gebunden.

---

§ 12. Erwerb der rechtlichen Garantien des Besitzes und Wirkungen des Besitzerwerbes.

Mit dem Besitze erlangen wir auch die Rechtsgarantien des Besitzes, doch nicht nothwendiger Weise zugleich alle. Sie können nach und nach dem Besitze hinzutreten, während das Eigenthum entweder erworben wird, oder nicht erworben wird.

A. Mit dem Besitze erlangen wir die Garantien vorläufigen Rechts, das Recht gewaltsamer Vertheidigung im Besitze, das Recht zum interdictum unde vi und das Recht des interdictum uti possidetis.

Dem Dritten gegenüber ist es gleichgültig, ob der Besitz fehlerhaft erworben ist, oder nicht.

Dagegen muß der gewaltsame Besitzer der Gewalt des Vorbesitzers weichen, wenn er in continenti dejizirt wird, später erlangt er das Recht der Gewalt und zum interdictum unde vi, während ihm das interdictum uti possidetis nie zusteht, und er dem interdictum unde vi des Vorbesitzers haftet.

Der heimliche Okkupant muß zwar den zurückkehrenden Besitzer zulassen, wenn dieser sofort nach der Kenntniß von der Okkupation den Versuch der Rückkehr macht, im Uebrigen aber hat er das Recht zur Gewalt und zum interdictum unde vi, wenn ihm auch das interdictum uti poss. verweigert wird.

Der Prekarist hat zwar nach neuerer Auffassung das Recht, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, auch das interdictum unde vi, wenn er entsetzt wird, dagegen nicht das interdictum uti poss. gegenüber dem precario rogatus, und haftet er seinerseits dem interdictum de precario auf Herausgabe.

Wer den Besitz durch constitutum possessorium erworben, erwirbt damit die Besitzvortheile gegen Dritte. Er kann selbst oder durch seinen Stellvertreter die Gewalt abwehren, auf Grund des ihm dienenden Besitzes das interdictum unde vi und das interdictum uti poss. anstellen. Es wäre daher unrichtig, wenn man behaupten wollte, das Konstitut übertrage Eigenthum, nicht Besitz.

Ist freilich der Stellvertreter nicht verpflichtet, für den Vertretenen zu besitzen, oder beruht die Stellvertretung lediglich auf seinen Willen, so kann er denselben stets zurücknehmen, und die Besitzvortheile sind den Vertretenen nur unter der Bedingung zuzusprechen, daß der Wille des Vertreters nicht zurückgenommen ist.

Dagegen gebührt das Recht der Gewalt, zum interdictum unde vi und das interdictum uti poss. dem Erwerber durch Konstitut gegen den Veräußerer nur dann, wenn dieser verpflichtet ist, für ihn zu besitzen. Das constitutum poss. giebt vorläufiges Recht gegen Dritte, nicht gegen den Auktor, wovon nur dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn die Kontrahenten ausdrücklich über den Besitz allein paktirt haben. Daher hat der Erwerber überhaupt keine Klage vorläufigen Rechts auf Herausgabe. Ulpian zieht aus dem Vorhandensein des Konstituts in der l. 77 D. R. vielmehr nur folgende rechtliche Konsequenz:

> posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem.

Die l. 9 § 6 D. de A. R. D. spricht nur vom Erwerbe des Eigenthums

durch Konstitut. Die Herausgabe kann nur durch ein Rechtsmittel definitiven Rechts erzwungen werden.

Das constitutum possessorium überträgt also Besitz und die besitzrechtlichen Vortheile (Recht der Gewalt, Recht zum interdictum unde vi, Recht des interdictum uti poss.) endgiltig nur dann, wenn auch das definitive Recht übertragen ist, das vorläufige Recht wird nicht übertragen, und findet davon nur die eine Ausnahme statt, daß die Parteien ausdrücklich darüber paktirt haben.

B. Das definitive aber relative Recht zu behalten erlangen wir dritten Unberechtigten gegenüber stets durch den Besitz, dem Auktor gegenüber aber erst unter den vom Gesetzgeber aufgestellten Bedingungen. Selbstverständlich steht dem Auktor dann kein Rückforderungsrecht zu, wenn er aus einer justa causa den Besitz aufgegeben hat, mag dadurch der Sukzessor absolut berechtigt geworden sein oder nicht. Aber die Römer haben schon dann dieses Rückforderungsrecht abgeschnitten, wenn der Besitzer nicht vi, clam, precario erworben, nicht aus einem Kontrakte oder kontraktsähnlichen Verhältnisse zur Rückgewähr verpflichtet war, und er endlich nicht einem früheren bonae fidei possessor gegenüber stand. Da hier dem Auktor, der nicht Eigenthümer war [1]), jede Klage fehlte, erlangte der Sukzessor selbst ohne justa causa das relative Recht zu behalten, sein auf einer injusta causa beruhender Besitz wurde immerhin für besser erachtet, als der bloße frühere Besitz des Auktors. Gegen diesen Satz richtet sich die Entwickelung des kanonischen Rechts und der mittelalterlichen Praxis. Auch der Nichteigenthümer kann sein Rückforderungsrecht auf früheren Besitz und den ungerechtfertigten Verlust desselben an den Verklagten aufbauen, d. h. dieser erlangt das relative Recht zu behalten nur gegenüber denjenigen Auktoren, gegen welche er sich auf einen gerechtfertigten Erwerb stützen kann. [2]) Der Zielpunkt der Entwickelung ist der:

> Das relative Recht zu behalten wird den Auktoren gegenüber ebenso erworben, wie das absolute, sie scheiden sich nur dadurch von ein-

---

[1]) Justinian sagt von einem derartigen Falle in der l. 11 C. unde vi:
quod veteres leges nec Unde vi interdictum nec Quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant.

[2]) conf. l. 11 C. de poss.:
vitia possessionum a majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.
und l. 20 D. de A. R. D.:
traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.

ander, daß bei dem ersteren der Auktor selbst nicht absolut berechtigt gewesen ist, bei dem zweiten diesem das absolute Recht ebenfalls zugestanden hat.

Hiermit hat sich das relative Recht zu behalten von der für den eigentlichen Besitz geltenden Regel, daß er durch das bloße corpus und den bloßen animus erworben wird, ganz losgelöst, soweit das definitive Recht des Besitzers den Besitzvorgängern gegenüber in Frage kommt. Der Erwerbsakt für das definitive aber relative Recht ist derselbe geworden, wie der des absoluten, nur darf man sich hierdurch nicht verleiten lassen, den Besitz und das relative Recht ganz in das Eigenthum aufzulösen, denn ihre wesentlichen Unterschiede bleiben bestehen.

Das constitutum possessorium überträgt das relative Recht, dem Auktor gegenüber jedoch nur dann, wenn er verpflichtet ist, für den Erwerber zu besitzen. Der Konstituent darf nicht einwenden, daß die von ihm rechtsgiltig übergebene Sache einem Dritten gehöre. Durch die Weigerung der Herausgabe wird das relative Recht des Erwerbers nicht vernichtet.

Hiernach erwerben wir das relative Recht zu behalten:

a) Dritten gegenüber wie den Besitz,

b) den Vorbesitzern gegenüber wie das Eigenthum.

C. Es ist ein altrömischer Grundsatz, daß das Recht an der Sache erst durch den Besitzerwerb unzerstörbar und aus der Konkurrenz mit der gegen den Auktor bestehenden Obligation gehoben wird.[3]) Die Römer drücken dies dahin aus, daß wir das Eigenthum durch Tradition erwerben, l. 20 D. de pactis 2. 3:

traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Der Besitzerwerb durch Tradition hat die realen Wirkungen, daß der Erwerber

a) gegen die Verfügungen des Auktors (Erzeugung des unzerstörbaren Rechts),

b) gegen das Andringen seiner Gläubiger (Erzeugung des dinglichen bezw. nicht obligatorischen Rechts in specie)

gesichert wird.

Das Gesetz bezieht sich aber trotz des Wortlauts nicht bloß auf das absolute, sondern auch auf das relative Recht. Auch der Nichteigenthümer, der mir tradirt hat, kann mein Recht durch spätere Traditionen

---

[3]) Förster erblickt S. 11 hierin ebenfalls die systematische Bedeutung des Besitzes im A.L.R.

nicht zerstören, gegen ihn und den dritten Besitzer[4]) klage ich nicht mehr aus der Obligation, sondern aus der Tradition, und die Schuldverpflichtungen des ersteren gehen mich überhaupt nichts an. Man sieht daher deutlich, wie falsch es begrifflich ist, in dem Worte „Eigenthum und dingliches Recht" die Begriffe des absoluten und unzerstörbaren Rechts zu vermengen.

Zu einem unzerstörbaren und nicht obligatorischen wird aber das Recht an der Sache, sowohl wenn ich den Besitz corpore et animo, als auch wenn ich ihn durch bloße Willenserklärung[5]) erwerbe, und es läßt sich wohl nicht leugnen, daß schon die Römer wesentlich mit Hinblick auf diesen Rechtserfolg das constitutum possessorium ausgebildet haben. Man vergleiche nur die l. 77 D. de R. V., in der aus dem Besitzerwerbe nur der Erwerb der dinglichen Klage gefolgert wird:

> posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem.[6])

Es ist freilich die Auffassung als irrig zu bekämpfen, daß das Konstitut überhaupt keinen Besitz übertrage.

Eine absolute Wahrheit enthält aber der Satz der l. 20 D. de pactis überhaupt nicht. Die Römer selbst haben ihn ausnahmsweise[7]) durchbrochen[8]), und die Bildung unzerstörbarer, nicht obligatorischer Forderungsrechte ist die schönste Frucht modernen Rechts.

---

[4]) l. 9 § 4 de P. A.: potior sit, cui priori res tradita sit . . .

[5]) Das preußische Recht macht hiervon für das Faustpfandrecht eine Ausnahme. Hier wird der Erwerb durch Willenserklärung in der Regel nicht berücksichtigt. A.L.R. I. 20 § 7. 271 ff. Nicht so das römische Recht, da ja der Faustpfandgläubiger dem Schuldner den Besitz sofort precario oder miethsweise belassen kann.

Die §§ 74 ff. A.L.R. I. 7 machen die Rechtslage noch komplizirter, indem die Rechte aus dem durch den bloßen animus erworbenen Besitz wieder durch einen Besitzerwerb corpore et animo vernichtet werden sollen.

[6]) Auch l. 9 § 6 D. de A. R. D., wo aus dem Konstitut nur der Uebergang des Eigenthums, l. 14 §§ 1. 18. 6, wo aus demselben nur der Uebergang der Gefahr gefolgert wird.

[7]) Einen Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb kennt übrigens schon das altrömische Recht. Ulp. Tit. 19 § 3:

> „Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus."

conf. Savigny S. 325 Note 1; conf. ferner l. 9 § 6 D. de publ. act. 6. 2, l. 12 § 1, l. 11 § 2 eodem.

[8]) Ob schon die Ermächtigung, sich in den Besitz zu setzen, das dingliche Eigenthumsrecht erzeugt, ist nach römischem Rechte zweifelhaft. Dagegen ist diese Ermächtigung genügend auf dem Gebiete der jura in re, und könnte man sie so allgemein für ausreichend erachten. Die Usukapion wird allerdings interpellirt, wenn sich vor dem Käufer ein Dritter in Besitz setzt. l. 3 § 4 D. de poss.

Es ist nicht einzusehen, weshalb der Moment, von welchem ab der Erwerber gegen Weiterveräußerung seines Auktors und das Andringen seiner Gläubiger geschützt wird, nur auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbes festgestellt werden sollte, oder auch nur auf den Moment, in welchem der Erwerber ermächtigt wird, sich in den Besitz zu setzen.

Die symbolische Tradition, soweit in ihr nicht die Absicht des Veräußerers zum Ausdrucke kommt, für den Erwerber zu besitzen, enthält überhaupt keinen Besitzerwerb, sondern einen ohne Besitz vermittelten Eigenthumserwerb.[9]) Es ist undenkbar, daß der Besitzer eines Symbols als solcher schon auf die repräsentirte Sache einwirken könnte; es ist unglaublich, daß er aus dem Besitze des Symbols die Berechtigung schöpfen sollte, vorläufig den Besitz der repräsentirten Sache zu fordern, auch wenn er kein definitives Recht an der Sache hat, zumal ein solches Recht nicht einmal auf das constitutum possessorium gegründet werden kann. Durch die symbolische Tradition wird vielmehr nur ein unzerstörbares, nicht obligatorisches Forderungsrecht erzeugt, und man spricht nur vom Besitzerwerb, weil das unzerstörbare Recht denselben in der Regel voraussetzt.

Das für das Civilrecht gewonnene Resultat der Entwickelung liegt aber vornehmlich in dem Satze, daß durch Eintragung das unzerstörbare nicht obligatorische Recht an der Sache erworben wird. Der Besitzerwerb ist zur Erreichung dieses Zweckes nicht nothwendig,[10]) und die Theorie erkennt dies hier auch ganz offen an. Die auf Grund der Eintragungsbewilligung herbeigeführte Eintragung läßt sich als symbolische Tradition bezeichnen, die, ohne den Besitzerwerb zu vermitteln,

---

[9]) Die symbolische Tradition des Mittelalters ist daher aufzulösen in ihre zwei Arten:
a) in die Fälle des constitutum possessorium,
b) in die Fälle des Eigenthumserwerbs ohne Besitzerwerb, und zwar so,
α) daß wenigstens eine Ermächtigung des Veräußerers an den Erwerber vorliegt, sich in Besitz zu setzen,
β) daß es auch an dieser Ermächtigung fehlt.
Im Falle zu α könnte man der Ansicht sein, daß selbst nach römischen Rechte Eigenthum übergeht.

[10]) Die von Meischeider S. 268 angeführte Ansicht Ziebarth's (die Reform des Grundbuchrechts S. 15 ff.), daß mit der Eintragung des Eigenthümers auch der Besitz übergehe, müssen wir daher als unrichtig bekämpfen. In der bloßen Eintragungsbewilligung liegt weder eine wirkliche Tradition, noch die Erklärung des Veräußerers, welcher den Besitz ja für sich noch fortsetzt, für den Erwerber besitzen zu wollen.

Richtig ist, daß auch die Praxis den modernen Eigenthumserwerb ohne Besitz mit dem Besitzerwerbe verwechselt. (Conf. Erk. des O.A.G. Berlin vom 22. September 1871, Meischeider S. 267.)

dennoch die Wirkung desselben hat, wie ja auch früher die Eintragung lediglich auf Grund des Bekenntnisses der erfolgten Tradition vorgenommen ist. [11])

Der Unterschied römischer und moderner Rechtsanschauung ist aber der: Die Römer erkannten als unzerstörbare und nicht obligatorische Rechte nur das Recht zu behalten und zurückzufordern an. Die Existenz des unzerstörbaren und nicht obligatorischen Rechts wurde dadurch bedingt, daß man den Besitz hatte oder gehabt hatte. Das Recht, eine Sache zu fordern, wurde in der Regel als zerstörbares Recht konstruirt, und daher deckt es sich ganz mit der Obligation. Das moderne Recht läßt den Besitzerwerb als absolute Bedingung des Erwerbs des unzerstörbaren und nicht obligatorischen Rechts fallen. Es konstruirt auf Grund der Eintragung ein unzerstörbares und nicht obligatorisches Recht, das man auch ohne Besitz erwerben kann. Auf der anderen Seite neigt man dazu, selbst die Besitzrechte zerstörbar zu konstruiren, indem die Auflassungen des Eingetragenen sie vernichten. Es erscheint aber nicht gerechtfertigt, um deshalb die Besitzrechte das Schicksal der Obligationen theilen zu lassen.

D. Mit dem Besitze treten wir in die conditio usucapiendi seu praescribendi. Das werdende Recht erwerben wir wie den Besitz durch das corpus und den bloßen animus des Erwerbsaktes für das vollkommene Recht zu behalten. Hier ist es gleichgültig, ob der Auktor Kenntniß vom Besitzerwerbe hat oder nicht, es wird nur die Erfüllung der für Usukapion und Präskription speziell vorgeschriebener Bedingungen des Besitzerwerbes erfordert, welcher letztere ja auch dann vorliegt, wenn er nur ein relatives Besitzrecht erzeugt. [12])

Frage ist es ferner, ob wir durch ein constitutum possessorium in die conditio zu usukapiren oder durch Verjährung zu erwerben eintreten.

---

[11]) Unter der Herrschaft der alten preußischen Hypothekenordnung hatte in der Regel auch das Bekenntniß erfolgter Uebergabe keinen weiteren Zweck, als die Besitztitelberichtigung herbeizuführen. Für diesen Fall war daher selbst in ihm weder eine wirkliche Uebergabe noch ein Konstitut zu erblicken.

[12]) Doch scheint diese Auffassung nicht ganz unangefochten geblieben zu sein. Manche Juristen scheinen den Erwerb des absoluten Besitzrechtes für den Beginn der Usukapion gefordert zu haben. Wenigstens ist die l. 12 § 2 C. de praesc. 7. 33 offenbar gegen derartige nunmehr beseitigte Zweifel gerichtet:

„nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio."

Darum wird auch die vom pupillus oder furiosus gekaufte Sache usukapirt, trotzdem der Käufer wegen Mangel des rechtlichen Verlustwillens ihnen gegenüber nicht einmal den Besitz, sondern nur den relativen Besitz gegen Dritte erwirbt.

Die Frage ist zu bejahen. Dagegen erzeugt das Konstitut die conditio usucapiendi nicht. Von einer Usukapion des Erwerbenden dem Veräußerer gegenüber kann keine Rede sein, da auch der Besitzübergang von der Giltigkeit der Veräußerung abhängt. Dies folgt auch daraus, daß der absolut Berechtigte, der als natürlichen Besitz die Sache ergreift, vollständigen Besitz erwirbt, so daß die entgegenstehende Usukapion aufgehoben wird, l. 21, l. 33 § 5 D. de usurp. 41. 3, l. 29 D. de pign. act. 13. 7:

> sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit.

Wollte man daher auch annehmen, daß man durch das Konstitut Besitz in jedem Falle verliert, so würde man ihn doch, vorausgesetzt, daß man berechtigt geblieben ist, sofort zurückgewinnen.

Auch Dritten gegenüber wird das constitutum die conditio usucapiendi nicht neu schaffen, vielmehr wird der Besitz des Vorgängers für den Erwerber maßgebend sein.

---

§ 13. Fortdauer des Sachenbesitzes.

Da die herrschende Theorie den Besitz für ein Konglomerat, welches aus corpus und animus besteht, erachtet, ist die nothwendige Konsequenz, daß seine Fortdauer von der Fortdauer dieser beiden Momente bedingt ist. Savigny sagt S. 329:

> „Auch die Fortsetzung des Besitzes muß auf derselben Verbindung beruhen, wie der Erwerb, sie muß also ausgeschlossen sein, wenn diese Verbindung aufgehoben ist, d. h. wenn entweder das körperliche Verhältniß allein oder der animus allein oder beide zugleich aufhören."

Savigny verlangt also behufs Fortsetzung des Besitzes die dauernde Verbindung von corpus und animus.

Diese Vorstellung dürfte haltlos sein. Wir wollen es Savigny nicht bestreiten, daß jedes Recht und also auch der Besitz mit der Unmöglichkeit seiner Ausübung erlischt, aber die bloße Möglichkeit physischer Herrschaft ist, wie wir gesehen haben, gar nicht das corpus des Besitzerwerbs, sondern das äußere Ereigniß (das Heranschwimmen des Landes, die Separation der Früchte, das Fangen des Thieres u. s. w.), die Apprehension des Immobile, die Erlangung der custodia bei beweglichen Sachen. Wie sollen wir es uns aber denken, daß während der ganzen Besitzzeit das Land heranschwimmt, die Früchte separirt werden u. s. w., wir als Besitzer fortwährend apprehendiren, die Sache in unsere Gewere

schaffen, oder der Veräußerer beim Besitzerwerbe durch Konstitut fortwährend erklärt, für uns besitzen zu wollen? Mit demselben Rechte könnte man für das Eigenthum eine dauernde Tradition verlangen. Die Fortdauer des corpus, durch welches Besitz erworben wird, ist undenkbar, der Besitzer muß sich mitunter auch mit etwas Anderem beschäftigen, als seinen Besitz auszuüben oder auch nur zu besichtigen.

Die Römer stehen der Savigny'schen Theorie vollständig fern. Sie lehren, daß wir den Besitz desjenigen Grundstücks animo zurückbehalten, das wir ohne den Willen verlassen haben, den Besitz aufzugeben. (Gaius IV. § 153 und die § 1 zitirten Stellen.) Das heißt: wir besitzen ohne corpus. Ja selbst dann besitzen wir noch auf Grund des bloßen animus, wenn ein Dritter die Sache okkupirt hat, und wir die Okkupation noch nicht erfahren haben. Savigny S. 348 spricht von einer merkwürdigen Ausnahme, Randa S. 502 von einer anomalen Singularität, welche dem österr. Rechte unbekannt sei. Aber auch der zuerst angedeutete, von Gaius IV. § 153 behandelte Fall enthält dieselbe Abnormität, da die Römer das corpus leugnen und die Fortdauer des Besitzes auf den bloßen animus stützen. Es ist aber eine merkwürdige Regel, nach welcher die Hauptfälle gerade nicht beurtheilt werden, und am Ende dürfte es wenigstens das Ehrlichste sein, auf die Ansicht Meischeider's zurückzugreifen, nach welcher die ganze römische Besitztheorie eine Abnormität ist.

Noch weniger ist es möglich, daß ich stets den zum Besitzerwerbe nothwendigen Willen habe. Bald und wenigstens momentan wird mir der Apprehensionsakt aus dem Gedächtniß verschwinden, indem der menschliche Geist von einander verdrängenden, wenn auch wiederkehrenden Gedanken bewegt wird. Auch wäre die nothwendige Konsequenz der Savigny'schen Auffassung die, daß wer den Besitz nicht erwerben, ihn auch nicht zurückbehalten kann. Nach der l. 1 § 3 D. de poss. kann aber ein Schlafender den Besitz gar nicht erwerben, also würde er ihn auch nicht zurückbehalten, woraus wiederum folgen würde, daß über Nacht fast alle Grundstücke und Sachen besitzerlos würden, ein in der Nacht und einem Bewußtlosen zugefügter Diebstahl keiner wäre.

Infantes und furiosi können nach der Savigny'schen Theorie eigentlich nicht besitzen, weil sie keinen Willen haben. Leider sind aber die klassischen Juristen so sehr von dem Besitze derartiger Personen überzeugt, daß sie dieselben den Besitz animo nicht einmal verlieren lassen, l. 27 D. de poss.:

quia furiosus non potest desinere animo possidere.

l. 29 D. eodem, l. 11 D. de A. R. D.

Randa (S. 481 Note 5) spricht mit Bezug auf diesen Fall wieder von einer Irregularität, die aber doch wohl von jeder Gesetzgebung

rezipirt sein dürfte[1]), und beruft sich für seine Ansicht auf die l. 44 § 6 D. 41. 3, in der ausgeführt ist, daß trotz des Wahnsinns der Besitz nicht nur nicht verloren gehe, sondern behufs der Vollendung der Usukapion aus Nützlichkeitsgründen sogar kontinuirt werde. Bei einer derartigen Auffassung wird aber wiederum die ganze römische Besitztheorie zu einer einzigen großen Irregularität, da ein dauernd auf eine einzelne Sache konzentrirter Wille bei einem vernünftigen Menschen eine Unmöglichkeit ist.

Aus den Aeußerungen von Savigny und Randa selbst läßt sich denn auch die Schwäche des von ihnen vertretenen Prinzips erkennen. Savigny sagt S. 329:

„Aller Unterschied nämlich, der zwischen den Bedingungen des Erwerbs und der Fortdauer angenommen werden soll, kann durchaus nur den Grad, nicht das Wesen dieser Bedingungen betreffen . . . . "

Um wie viele Grade, fragen wir, sind denn die Bedingungen der Fortdauer herabgeschraubt? Nach S. 348 soll sich die physische Möglichkeit willkürlicher Behandlung in eine entferntere Möglichkeit verwandeln, wobei es Jedem überlassen bleibt, sich zu denken, was er will, oder gar die Möglichkeit ganz zu negiren. Denn etwas ist entweder möglich oder nicht möglich, ein Drittes giebt es nicht, und eine entferntere Möglichkeit ist kaum vorstellbar.

Noch schärfer kommt die Verflüchtigung des Prinzips bei Randa zum Ausdrucke:

„Nicht so wie die Begründung des Besitzes ist auch die Fortdauer desselben — der einmal entstandene Besitz — stets äußerlich wahrnehmbar."

Hiermit ist der Begriff des corpus aufgegeben, ein äußerlich nicht wahrnehmbares corpus im Sinne der herrschenden Schule vermögen wir uns nicht zu denken.

„Das fortwährende Bewußtsein eines bestimmten Willens ist eine psychologische Unmöglichkeit."

Hiermit ist zugestanden, daß der Besitzbegriff der herrschenden Schule sich auf eine psychologische Unmöglichkeit stützt, daß er also selbst eine Unmöglichkeit ist. Die fortdauernde Verbindung von corpus und animus, wie sie im Erwerbe des Besitzes zusammentreffen müssen, ist ganz undenkbar, und damit fällt der Besitzbegriff als eines Konglomerats aus corpus und animus in sich zusammen.[2])

---

[1]) § 115 A.L.R. I. 7: „Durch den Verlust der Fähigkeit, etwas zu erwerben, geht der Besitz des vorhin schon Erworbenen noch nicht verloren."

[2]) S. 479 Note 2. a sagt Randa:

„ . . . es ergiebt sich, daß die Voraussetzungen der Fortdauer des Besitzes

Nach der Auffassung Ihering's (S. 209 ff.) scheint der Besitz so lange fortdauern zu sollen, als die Thatsächlichkeit des Eigenthums vorhanden ist, so lange der Besitzer sich wie der Eigenthümer der Sache bedient. Aber abgesehen davon, daß zwei Kriterien für die Fortdauer des Besitzes aufgestellt sind, und die Gebiete ihrer Anwendung nicht abgegrenzt sind, scheint Ihering zu vergessen, daß er in dem Erwerbe des Besitzes durch Willenserklärung das Ideal einer Besitztheorie erblickt. Es muß ihm überlassen bleiben, zu erklären, wie ein durch den bloßen animus erworbener Besitz durch die Thatsächlichkeit des Eigenthums zurückbehalten wird. Sodann kann die Thatsächlichkeit des Eigenthums bestehen, und wir besitzen dennoch nicht, wenn wir nicht besitzen wollen, und die Thatsächlichkeit des Eigenthums kann aufgehoben sein, trotzdem wir dennoch besitzen. Der Jäger, der seine Jagdtasche im Walde liegen läßt, um sie dort aufzubewahren, bleibt unzweifelhaft Besitzer. (Ihering S. 214 und l. 25 D. de poss.) Die Theorie Ihering's legt bei der Lehre von der Fortdauer des Besitzes gerade auf ein Moment Gewicht, das die Römer ausdrücklich für gleichgültig erklären, indem wir durch den bloßen Willen den Besitz zurückbehalten.

Den Besitz behalten wir aber so lange, bis wir ihn verlieren.[3]) Eine besondere Theorie über die Fortdauer des Besitzes ist ganz überflüssig. Eine andere Frage ist es freilich, ob die possessio behufs Vollendung der Usukapion kontinuirt wird, da die Römer hierzu nicht bloß eine fortdauernde possessio, sondern auch eine continua[4]) verlangen, und der Usukapionsbesitz auch anders als gerade durch Besitzverlust interrumpirt werden kann. Die herrschende Theorie scheint freilich, wie wir sehen werden, die Lehre vom Besitzverlust und der Interruption des Besitzes

---

andere sind, als die seines Erwerbes, indem weder fortdauernde Detention noch ununterbrochen auf den Besitz gerichteter Wille erfordert wird."

Richtig bemerkt S. 181 Ihering:

„Die Lehre von der Fortdauer des Besitzes ist mit dem Gesichtspunkte der physischen Herrschaft unverträglich,"

d. h. der thatsächlichen Ausübung derselben, nicht des Rechts zu derselben.

[3]) Daher kommt es denn freilich, daß das römische Recht einen Besitz in manchen Fällen anerkennt, wo es an einer persönlichen Aufsicht über die Sache oder an sachlichen Anstalten zu ihrer Sicherung vollständig fehlt. Ihering S. 181.

[4]) l. 3. D. de usurp. 41, 3:

usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

l. 2. C. de praescript. 7. 33:

qui bona fide coeptam possessionem et continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt.

zu verwechſeln, vermuthlich deshalb, weil der Beſitzverluſt infolge Beſitzerwerbs eines Dritten ſtets mit einer Interruption verbunden iſt, woraus aber durchaus nicht folgt, daß eine Interruption nur durch Beſitzverluſt eintreten könne.

§ 14. Verluſt des Sachenbeſitzes.

Die feinſten Kenner der römiſchen Beſitztheorie, von denen der größte Theil unſrer geſammten Kenntniß ſtammt, Paulus und Papinianus, lehren übereinſtimmend, daß kein Beſitz verloren werde, wenn nicht das Gegentheil des äußerlichen Erwerbsaktes und des Erwerbswillens eingetreten ſei:

l. 153. D. de div. reg. (Paulus):

fere, quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. l. 8. D. de poss.

l. 46. D. de poss. (Papinianus):

ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

Freilich herrſcht unter den Kundigen nur eine Stimme, daß auf die Abſtraktion eines römiſchen Juriſten keine Anſicht zu bauen iſt, und die Regel des Paulus ſoll einen neuen Belag zu dem Ausſpruche der l. 202 de R. J. liefern: omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit.[1]) Zwar iſt Paulus in der Darſtellung der Detailbeſtimmungen der römiſchen Beſitzlehre bewunderungswürdig und unerreichbar; aber ſobald er ſich an die Aufſtellung eines abſtrakten Satzes[2]) wagt, der ſeine eigene Lehre über den Beſitzverluſt zuſammenfaſſen ſoll, hat er — ſeine Manen werden darob zürnen — nach den modernen Theorien lauter Widerſinn zu Tage gefördert. Schon Savigny belehrt ihn, daß er das Wort „utrumque“ fehlerhaft oder wenigſtens nachläſſig gebraucht habe und daß er das ganze Schwergewicht

[1]) Worte Ihering's S. 221.

[2]) So ſagt auch v. Liebe, der Beſitz als Recht in thesi S. 12: „Ich trage deshalb kein Bedenken, dieſen Ausſpruch des Paulus, welcher in demſelben einmal höhere Jurisprudenz über die Symmetrie des Rechts treibt, als wenn er für die dogmatiſchen Jahrbücher hätte ſchreiben wollen, als ſchief und unmaßgeblich bei Seite zu ſchieben.“ Coſack, Beſitz des Erben, ſagt: Die römiſche Lehre von dem in contrarium agi des corpus oder animus iſt eben einfach unrichtig.

auf die Worte: „in contrarium actum“ hätte legen müſſen.[3]) Ihering iſt ſelbſt dieſes Wenige von Wahrheit in einem ſyſtematiſchen Satze eines unſyſtematiſchen Römers noch zu viel, er darf nicht ein Körnchen von Wahrheit enthalten:

„Die l. 153 D. l. c. ſtimmt in keiner Weiſe zu den konkreten Entſcheidungen der römiſchen Juriſten“ (Ihering, S. 221),

und ſchließlich iſt jene Regel bloß eine verfehlte Anwendung des auch ſonſt irrigen Lieblingsſatzes der Juriſten: quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. (Baron, Geſammtrechtsw. S. 94.)

Dagegen iſt die abſtrakte Deduktion der herrſchenden Schule folgende: Da der Beſitz aus der Verbindung von corpus und animus beſteht, ſo iſt der Verluſt eine Folge der aufgehobenen Verbindung.[4]) Leider iſt der Vorderſatz dieſes Schluſſes falſch: Der Beſitz beſteht nicht aus corpus und animus, durch welche Momente er erworben wird, das fortdauernde corpus iſt eine Unmöglichkeit, da Niemand fortwährend auf ſein Grundſtück einwirken und Dritte abwehren kann, und da ſomit der römiſche Satz, daß der Beſitz durch den bloßen animus zurückbehalten wird, eine logiſche Nothwendigkeit iſt, iſt die Konſequenz, daß er, wie auch die Römer ſagen, durch das bloße corpus nicht vernichtet werden kann, daß vielmehr das Gegentheil des Erwerbswillens hinzukommen müſſe. Der römiſche Ausdruck „animo retinere possessionem, animo possidere“ bedeutet nicht, daß fortdauernder Wille zur Erhaltung des Beſitzes nothwendig ſei, ſondern daß er zurückbehalten werde wegen des Mangels des Verluſtwillens. Am deutlichſten ergiebt ſich dieſe Auf-

---

[3]) Savigny S. 336: „Offenbar liegt alſo hier der Akzent nicht auf utrumque, ſondern auf in contrarium actum est; es ſollte geſagt werden, daß der Verluſt eintreten könne weder ohne alle neue Thatſache, noch durch eine Thatſache anderer Art, ſondern nur durch dieſelbe, wodurch auch der Erwerb vor ſich gehe, und zwar gelte dieſe nothwendige Gleichartigkeit nicht etwa bloß für das körperliche, noch bloß für das geiſtige, ſondern für beide gemeinſchaftlich.“

Donellus erkennt wenigſtens die Berechtigung der Regel auf beſchränktem Gebiete an, lib. V cap. XII § 34:

„Definitio judicio meo sic accipienda est, ut ne feratur ad omnem quidem possessionem, sed eam, quae facto nostro et destinatione amittatur.“

Andere ältere Meinungen bei Cuperus P. II § 36.

[4]) Böcking § 125: „Der Beſitz dauert, . . . ſo lange als die Koexiſtenz des corpus und animus; verloren wird er, ſobald durch ein neues Ereigniß die faktiſche Möglichkeit der Unterwerfung . . . oder die Abſicht, die Sache zu beſitzen, aufgehoben wird.“ — Arndts § 142: „Das Recht nimmt den Beſitz als fortdauernd an, ſo lange nicht das Entgegengeſetzte des einen oder anderen der beiden Momente eingetreten iſt.“

fassung aus der l. 27 de poss., wo vom furiosus gesagt ist, daß er nicht aufhören könne, auf Grund des Willens (also wegen Mangels des Verlustwillens) zu besitzen, trotzdem er doch überhaupt keinen Willen hat:

quia furiosus non potest desinere animo[5]) possidere.

Daher steht die Rechtskonsequenz nicht auf Seiten der herrschenden Schule, sondern auf Seiten der Römer, wenn sie lehren, daß der bloße äußere Vorgang zur Vernichtung des Besitzes nicht hinreiche, daß das Gegentheil des Erwerbswillens hinzutreten müsse. Wenn dennoch auf der anderen Seite gelehrt wird, daß der bloße animus zum Besitzverluste hinreiche, so werden wir unten bei Darstellung unserer eigenen Auffassung zu entwickeln suchen, wie die beiden von Paulus herrührenden Stellen, l. 153 D. de R. J. und l. 3 § 6 de poss., in Uebereinstimmung zu setzen sind.

Die Interpretation, welche die herrschende Schule und Savigny der l. 153 D. de R. J. angedeihen läßt, daß das Wort „utrumque" den Sinn von alterutrum habe,[6]) oder daß Paulus das Schwergewicht allein auf die Worte „in contrarium actum" lege, halten wir für willkürlich. Mag es selbst richtig sein, daß das Wort uterque mitunter wie das Wort alteruter gebraucht wird, so würde doch Paulus dem Vorwurfe der unverantwortlichsten Nachlässigkeit nicht entgehen, wenn er bei einem so weitreichenden Rechtssatze ein zweideutiges Wort und noch dazu in seiner seltensten Anwendung gebraucht hätte. Der Zusammenhang der Stelle ergiebt aber auf's Klarste, daß er sich einer derartigen Zweideutigkeit nicht schuldig gemacht, das Wort „uterque" vielmehr in seiner gewöhnlichen Bedeutung gebraucht hat. Die l. 153 de R. J. sagt mit voller Bestimmtheit, daß auf dieselbe Weise, wie wir uns verpflichten,

---

[5]) Das Wort animo bezieht sich seiner Stellung nach auf possidere, nicht auf desinere. Der furiosus setzt den Besitz fort auf Grund des animus non in contrarium actus, weil er den Willen, den Besitz aufzugeben, nicht fassen kann. So sagt auch Förster S. 68: „Weil er nicht mehr nicht zu besitzen wollen kann, deshalb bleibt ihm der Besitz."

[6]) Dies ist die später von ihm selbst aufgegebene Ansicht Savigny's. (S. 337). Sie ist aber wieder aufgenommen von Randa S. 486 Note 4, von Windscheid § 156 Note 1: „In der l. 153 de R. J. soll nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des anderen verloren werde." — Wenn Kierulff S. 391 und Lenz S. 212—220 behaupten, der Besitz gehe immer animo et corpore verloren, weil der animus ohne corpus ein ohnmächtiger, und umgekehrt die bloße Detention nicht jenes corpus sei, so halten wir diesen Erklärungsversuch aus dem Grunde für unmöglich, weil sowohl ihrer Natur gemäß, als auch nach den Quellen der äußere Vorgang und der innere Wille zu scheiden sind. (conf. Randa S. 436 Note 4).

wir von der Verpflichtung befreit werden, daß wie wir erwerben, ſo auch verlieren, daß endlich, wie kein Beſitz ohne animus und corpus erworben, ſo auch derſelbe nicht verloren werden könne, wo nicht das Gegentheil beider Momente eingetreten ſei. Erworben werden kann aber der Beſitz nur durch die Verbindung von animus und corpus, daher kann er durch die Verbindung der entgegengeſetzten Momente auch allein verloren werden. Die Regel kehrt in dem Titel de poss., wie bereits erwähnt iſt, zweimal und beide Mal in einem ſolchen Zuſammenhange wieder, daß der Sinn gar nicht zweifelhaft ſein kann, l. 8 und 46 de poss. In den vorhergehenden Stellen iſt beſtimmt, daß der Beſitz eines okkupirten Grundſtücks erſt dann verloren wird, wenn der Beſitzer die Okkupation erfahren hat. Es kann nicht bezweifelt werden, daß durch die fremde Okkupation das corpus des Verluſtaktes eingetreten iſt, der Beſitz wird aber animo wegen Mangels des Verluſtwillens fortgeſetzt. Der Beſitz wird eben nur corpore et animo verloren, und ſo folgt in der l. 8 und l. 46 l. c. in klarer Anwendung die Regel der l. 153 de R. J. Der Theorie Savigny's gegenüber kann es nicht ſcharf genug betont werden, daß Paulus und Papinianus gerade das Schwergewicht auf das Wort „utrumque" legen, indem ſie ausführen, daß durch das bloße corpus des Verluſtaktes der Beſitz nicht verloren werde. Die Auffaſſung der Römer hat auch allein ſelbſt die abſtrakte Logik für ſich, denn wer wollte behaupten, daß wir den Beſitz desjenigen Grundſtücks verlieren, das wir ohne den Willen verlaſſen haben, den Beſitz aufzugeben? und wenn nun einmal die Römer ganz richtig ausführen, daß wir trotz des aufgehobenen corpus wegen Mangels des Verluſtwillens den Beſitz zurückbehalten, ſo iſt die wohl unbeſtreitbare Konſequenz, daß noch ein anderes Moment hinzukommen muß, das den Beſitzverluſt herbeiführt:

> ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.
> l. 46 D. de poss. Papinianus.

Selbſt die von Savigny (S. 330) und von Randa (S. 486 Note 3) in das Vordertreffen geſtellte Stelle von Papinian beweiſt nichts zu ihren Gunſten,

l. 44 § 2 de poss.:

> ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.

Derſelbe Papinian wendet ja in der l. 46 de poss. die Regel der l. 153 de R. J. an, und er und die Kompilatoren müßten ſich in einem Athemzuge widerſprechen, da die Stellen nicht bloß in den Pandekten in einem nothwendigen Zuſammenhange ſtehen, ſondern auch beide aus dem 23. Buche

der Queſtionen des Papinian genommen ſind. In der That ſagt aber Papinian folgendes: Den Beſitz verlieren wir entweder durch den bloßen animus oder auch in Konkurrenz mit dem corpus. Für ſich iſt das corpus freilich nicht genügend;

> nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret (conf. auch l. 6 § 1, l. 25 de poss.).

Es muß noch das Wiſſen von der Okkupation hinzukommen, und nunmehr wird die Regel der l. 153 D. de R. J. zitirt. Gerade das entſcheidende Wort „etiam“ iſt von Savigny gar nicht beachtet, trotzdem daſſelbe es zum deutlichen Ausdrucke bringt, daß mit dem Verluſte durch den animus ſich auch das körperliche Aufgeben des Beſitzes verbinden könne, und ebenſo wenig der erläuternde Zuſatz, welchen Papinian ſeinem Ausſpruche beifügt: si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus, denn damit iſt ausdrücklich geſagt, daß das bloße Verlaſſen der Sache nicht genügt, daß der Wille hinzukommen müſſe, den Beſitz aufzugeben.

Noch weniger beweiſt die l. 3 § 13 de poss., welche Savigny S. 330 Note 1 zitirt, etwas zu Gunſten der herrſchenden Theorie. Nerva ſagt gar nicht, daß wir den Beſitz von Mobilien durch das bloße corpus verlieren, ſondern nur, daß wir ihn nicht verlieren, ſo lange die Mobilien ſich in unſerer custodia befinden.

> Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus.

Es iſt aber gerade auch ein von Savigny nicht bezweifelter Grundſatz des römiſchen Rechts, daß mit der custodia noch nicht der Beſitz aufgehoben ſei, l. 25 de poss.[1])

Mit einem Scheine von Recht könnte man ſich auf die l. 29 de poss. berufen, daß ein Pupill durch das corpus aufhören könne zu beſitzen:

> possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat; non ut animo, sed ut corpore desinat possidere ...

Aber die l. 11 D. de A. R. D. ſagt anderſeits, daß ein Pupill nicht einmal den natürlichen Beſitz veräußern könne, ſo daß daraus klar wird, daß er ſelbſt durch eine von ihm vorgenommene Tradition das Beſitzrecht nicht überträgt. Aus dieſen Stellen ergiebt ſich ein Doppeltes,

a) daß das corpus des Verluſtaktes zwar aus der Perſon des Pupillen zu beurtheilen iſt, der animus dagegen aus der Perſon des Vormundes;

[1]) Savigny S. 341: „Allgemeine Bedingung der Fortdauer iſt die custodia nicht“.

b) daß infolge eigener Tradition der Pupill den Beſitz nicht verlieren kann, ſondern nur wenn in originärer Weiſe Beſitzerwerb eines Dritten dadurch eintritt, daß in ſeiner Perſon corpus und animus ſich vereinigen, alſo das frühere corpus und der frühere animus in ihr Gegentheil umſchlagen.

Daß aber der Annahme eines derartigen Beſitzverluſtes die Regel der l. 153 de R. J. nicht widerſpricht, werden wir unten ausführen.

Wir faſſen das Vorgetragene zuſammen: Den Römern iſt die Lehre der herrſchenden Schule, wonach wir allein durch das corpus, allein durch den animus den Beſitz verlieren können, vollſtändig unbekannt; ſie führen dem gegenüber gerade aus, daß das corpus nicht genüge, vielmehr der animus hinzutreten müſſe. Dagegen läßt ſich nicht beſtreiten, daß auch durch den bloßen animus der Verluſt des Beſitzes herbeigeführt werden kann, aber doch nur ſo, daß unſer corpus dem Erwerber dienſtbar gemacht wird.

Und was verſteht ſchließlich die herrſchende Schule unter einem Verluſte corpore? Randa ſagt S. 451:

„Der Beſitz geht verloren, wenn der Beſitzer ſchlechthin dauernd die Möglichkeit verliert, über die Sache phyſiſch zu verfügen."

Savigny S. 339:

„Der Beſitz iſt erſt dann verloren, wenn die willkürliche Einwirkung ganz unmöglich geworden iſt."

Aber mit der abſoluten Unmöglichkeit phyſiſcher Herrſchaft hört ſchließlich jedes Recht an der Sache auf, und ſo freilich auch der Beſitz. Denn was nutzt uns ein Rückforderungs- oder Forderungsrecht, wenn die phyſiſche Einwirkung doch ſchlechterdings unmöglich geworden iſt? Der Prätor kann uns nach obſieglichem Erkenntniſſe doch nicht in den Beſitz einführen, und ſo ſchwebt auch das ganze Forderungsrecht in der Luft. Frage iſt aber weſentlich, wann wir den Beſitz ſo verlieren, daß ein Rückforderungsrecht zurückbleibt, alſo die Möglichkeit der Zurückführung in den Beſitz beſtehen geblieben iſt. Savigny muß daher eine Unmöglichkeit da annehmen, wo eine Möglichkeit noch übrig iſt, nicht der Begriff der Unmöglichkeit beliebiger Reproduktion entſcheidet bei ihm über den Beſitzverluſt, ſondern je nachdem die Römer Beſitzverluſt annehmen oder nicht, behauptet er, daß die Unmöglichkeit oder Möglichkeit phyſiſcher Einwirkung vorliege.

Seine Regel iſt daher von einer erſtaunlichen Elaſtizität. Wenn der Beſitzer an das Krankenbett gefeſſelt iſt, wenn er ſich auf weiten Reiſen befindet, wenn die Wieſe, wie ſtets im Jahre, von den Fluthen des Stroms überſpült wird, wird es dem Beſitzer ſchwer werden, ſeine Herrſchaft thatſächlich zu reproduziren, und doch iſt Beſitzverluſt nicht eingetreten. Wenn wir ferner eine Sache in unſerem Hauſe verlegt haben

und nicht wiſſen, wo ſie iſt,[8]) wenn wir einen Schatz in einem fremden Grundſtücke vergraben haben, und der Ort unſerem Gedächtniſſe entſchwunden iſt, ſteht es mit der Möglichkeit, die phyſiſche Herrſchaft willkürlich zu reproduziren, ebenfalls ſehr mißlich, aber trotzdem iſt der Beſitz nicht verloren, l. 3 § 13 D. de poss., l. 44 pr. eodem. Dagegen ſteht es mir frei, in jedem Augenblicke ein verlaſſenes Grundſtück von neuem zu okkupiren, und doch war der Beſitz unter Umſtänden verloren. Ja, wenn ein Dritter meinen Beſitz okkupirt hat, kann ich ihn noch hinauswerfen und weiter auf das Grundſtück einwirken. Vielleicht ſoll nach Anleitung der l. 18 D. de poss.: „facile expulsurus finibus“ an den gegenſeitigen Kräften bemeſſen werden, ob Beſitzverluſt eingetreten iſt oder nicht. Abſolute Unmöglichkeit phyſiſcher Einwirkung tritt ſchließlich nur mit Vernichtung der Sache ein. Auch wenn der Dieb mit der geſtohlenen Uhr nach Amerika geflüchtet iſt, bleibt immer noch die Möglichkeit, daß ich ihm nachreiſe und ſie ihm abnehme. Selbſt dann, wenn ich ein Grundſtück bereits verkauft und tradirt habe, kann ich dem Käufer noch den Eintritt verweigern, auch ihn wieder hinausſetzen. Welchen Grad der Unmöglichkeit aber die herrſchende Schule fordert, um Beſitzverluſt anzunehmen, erfahren wir nicht, iſt auch überhaupt nicht erſichtlich. Mit Recht ſagt Ihering S. 168, daß er in der ganzen Jurisprudenz keinen anderen Begriff kenne, der ſich ſo jeder ernſtlichen Anwendung widerſetze.

Unter dem zum Verluſte nothwendigen animus verſteht die herrſchende Schule den Willen, den Beſitz aufzugeben. So heißt es bei Savigny S. 355:

„Daher iſt denn durch bloßen animus der Beſitz verloren, wenn der Beſitzer in irgend einem Moment den Beſitz aufgeben will.“

Hierdurch tritt er aber mit ſeiner eigenen Lehre vom Erwerbe in einen unlöslichen Gegenſatz. Denn iſt der Erwerbswille der animus domini, ſo iſt das contrarium der Wille, nicht Eigenthümer zu ſein, der aber zum Beſitzverluſte unzweifelhaft nicht gefordert wird und nicht gefordert werden kann:

l. 3 § 6 de poss.:

et tamen nolis eum possidere: protinus amittes possessionem,

---

[8]) Die Behauptungen Savigny's gerathen denn auch bei Erklärung der l. 3 § 13 de poss. mit ſich ſelber in Konflikt. S. 342 ſagt er:

„Wer ſeine Sache im Hauſe hat, aber nicht finden kann, von dem kann man nicht ſagen: si velit, naturalem possessionem nancisci potest.“

Trotzdem nimmt er Fortſetzung des Beſitzes an, d. h. wir beſitzen ohne die Möglichkeit, die thatſächliche Herrſchaft zu reproduziren.

l. 17 § 1 de poss.:

possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere,

l. 44 § 2 de poss.:

si modo eo animo digressi fuissemus, ne possideremus.[9])

Erwerbswille und Verluſtwille können ſich naturgemäß beim Beſitze nur auf dieſen ſelbſt richten; das Eigenthum, das vollkommene Recht, hat hiermit nicht das Geringſte zu thun.

Ihering meint, daß Beſitzverluſt eintrete, wenn der Beſitzer die Sichtbarkeit des Eigenthums verliere, wenn er die diligentia des Eigenthümers nicht anwende. Aber es trifft ſich unglücklich, daß er gerade auf dasjenige Moment Gewicht legt, welches die Römer ganz ausdrücklich für ungeeignet erklärt haben, den Beſitzverluſt herbeizuführen. Das corpus ſoll nicht genügen, wenn nicht auch der Wille, den Beſitz aufzugeben, hinzugekommen iſt (conf. auch l. 4 C. de poss. 7. 32). Daher können wir als Eigenthümer ſichtbar ſein, ohne zu beſitzen, nämlich wenn wir nicht beſitzen wollen, und können uns ſehr als Eigenthümer benehmen, ohne daß wir den Beſitz erhalten. Was kann der entſetzte Eigenthümer anders thun, als herbeieilen, den Okkupanten dejiziren und, wenn ihm dies nicht gelingt, die Klage anſtellen? Und doch hat er in letzterem Falle den Beſitz verloren. Allerdings kann der Wille bereits aus der Negligenz gefolgert werden; denn dadurch unterſcheidet ſich gerade der Wille, durch welchen wir Eigenthum verlieren, von demjenigen, durch welchen wir Beſitz verlieren, daß der erſtere aller vom Geſetze vorgeſchriebenen Momente bedarf, der andere, wie die Römer ſagen, eine res facti iſt (conf. l. 17 § 1 de poss.). Etwas anderes ſagen die von Ihering zitirten Stellen überhaupt nicht.

Nirgends hat ſich in der That der Mangel eines beſtimmten Rechtsbegriffes fühlbarer gemacht, als in der Lehre vom Verluſte des Beſitzes. Wenn man mit Savigny den Beſitz als ein rechtlich indifferentes Faktum erachtet, oder mit dem Mittelalter und Ihering in den Beſitzbegriff alle möglichen Rechte einſchachtelt, ſo iſt es überhaupt verwegen, eine Theorie über Erwerb und Verluſt des Beſitzes aufzuſtellen. Aus der Theorie des gemeinen Rechts läßt ſich denn auch keine Antwort auf die ſcheinbar ſo leichte Frage entnehmen, was man ſich unter Beſitzverluſt in rechtlicher Beziehung vorſtellt. Ein Schüler Savigny's, der daran gewöhnt

---

[9]) Wenn ich Steine in die Tiber ſenke, ſo beabſichtige ich damit noch nicht, das Eigenthum aufzugeben. Trotzdem iſt der Beſitz verloren, l. 13 pr. de poss.

Vorſichtiger ſagt Randa S. 441: „Der Beſitz geht verloren, wenn der Beſitzer den Willen faßt und offenbart, die Sache nicht mehr als ſein zu behandeln."

ist, Besitz und Interdiktenrecht zu verwechseln, würde vielleicht antworten: den Verlust des Interdiktenrechts. Aber das interdictum unde vi ist stets ein Recht der Nichtbesitzer. Ein Anhänger mittelalterlicher Anschauungen würde vielleicht hinweisen auf das Recht der Spolienklage und überhaupt die Rückforderungsrechte der Nichteigenthümer. Aber damit würden wir hingeführt auf die possessio civilis und civilissima des Mittelalters, die vom logischen Standpunkte betrachtet kaum als Fiktion des Besitzes gelten können. Wir verstehen unter Besitz die wenn auch unvollkommen geschützte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, und dieser Begriff ist streng festzuhalten, wenn man sich an Darstellung der römischen Lehre vom Verluste des Besitzes wagt.

A. Besitzverlust durch corpus und animus.

a) durch Ereignisse.

Die Römer haben bestimmte und positive Regeln aufgestellt, unter denen wir das vollkommene Recht zu behalten verlieren. Wir würden vom Eigenthum sprechen, wenn nicht dieses Wort hier noch geeigneter wäre, Irrthümer hervorzurufen wie bei der Lehre vom Erwerbe. Denn um das unzerstörbare Rückforderungsrecht, welches auch Eigenthum heißt, handelt es sich nicht.

Den Besitz, die vollkommen oder unvollkommen geschützte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, verlieren wir schon durch das corpus und den bloßen animus dieses Verlustaktes. Aus demselben sind stets beide Momente zu entnehmen, vorausgesetzt freilich, daß sie in demselben enthalten sind, nicht eins allein, und zwar bilden diese Momente stets das Gegenstück des äußeren Erwerbsaktes und des Erwerbswillens. Paulus hat in der l. 153 D. de R. J. keinen Widersinn zu Tage gefördert, er, der große Kenner der römischen Besitzlehre, hat auch hier in jeder Beziehung das Richtige getroffen.

Zunächst also verlieren wir durch bloße Thatsachen ohne begleitenden Willen Besitz und Eigenthum, wie durch Naturereignisse, welche eine physische Einwirkung überhaupt unmöglich machen. Durch die Möglichkeit der Ausübung wird der Erwerb eines jeden Rechts bedingt, die absolute Unmöglichkeit seiner Ausübung hebt es dem entsprechend auch auf, l. 3 § 17 D. de poss.:

> Labeo et Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.

In gleicher Linie steht die Spezifikation, l. 30 § 4 de poss.:

item si quod possidebam, in aliam speciem translatum est, veluti vestimentum ex lana factum.

An wilden Thieren erwerben wir Eigenthum und Beſitz durch ihre Feſthaltung in unſerem Herrſchaftskreiſe, wir verlieren ſie daher, ſobald ſie ſich unſerem Herrſchaftskreiſe entziehen,

l. 3 § 2 de A. R. D.:

quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coërcetur; quum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit.[10])

Den Beſitz gezähmter Thiere erwerben wir ſchon dann, wenn ſie ſich gewöhnen, fortzugehen und zurückzukehren, wir verlieren ihn daher naturgemäß, wenn ſie dieſe Gewohnheit ablegen:

in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant, quodsi desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiant occupantium.

l. 4. 5 pr. § 4. 5 D. de A. R. D. l. 3 § 15. 16 de poss.

Bei dieſer Auffaſſung treten wir aber keineswegs in Konflikt mit der Regel des Paulus. Wenn eben für den Verluſt des vollkommenen Rechts zu behalten ein Wille nicht erfordert wird, kann für den bloßen Beſitz dieſem Verluſtakte ein derartiger Wille nicht entlehnt werden.

Zwar wird auch hier ebenſo, wie beim Erwerbe, Verluſt des vollkommenen und unvollkommenen Rechts zu behalten in der Regel zuſammenfallen, weil auch für den Verluſt des erſteren nur der äußere Vorgang vorgeſchrieben iſt, von ſonſtigen rechtlichen Momenten alſo gar nicht abſtrahirt werden kann. Die Römer drücken dies in den zitirten Stellen dahin aus, daß die Gegenſtände unſere zu ſein aufhören und dem Okkupanten gehören, aus welcher letzteren Vorſchrift klar erhellt, daß wir das ausſchließliche Recht phyſiſcher Einwirkung und Abwehr nicht mehr haben. Auch entſprechen die l. 4. 5 pr. § 4. 5 D. de A. R. D. und die l. 3 § 15. 16 de poss. einander faſt wörtlich. Aber dennoch iſt das Zuſammenfallen der Erwerbs- und Verluſtakte, wie wir ſchon bei der Lehre vom Erwerbe des Beſitzes ausgeführt haben, keine abſolute Nothwendigkeit, wenn eben für den Verluſt des Eigenthums noch beſondere rechtliche Momente vorgeſchrieben ſind.

---

[10]) Eigenthum und Beſitz von Bienen verlieren wir, wenn ſie nicht mehr in unſerem Geſichtskreiſe ſich befinden, l. 5 § 2. 4 de A. R. D.

b) Besitzverlust durch rechtliche Handlungen und zwar ohne Besitzerwerb eines Dritten.

1. Besitzverlust von Grundstücken.

Viel wichtiger sind die Fälle, in denen das vollkommene und unvollkommene Recht zu behalten durch den äußerlichen Vorgang und den Willen des Verlierenden, den des Verlierenden und Erwerbenden oder den des Erwerbenden aufgehoben wird. Das corpus des Erwerbs liegt bei Grundstücken in dem äußerlichen Akte der Apprehension, das corpus des Verlustes liegt in dem äußerlichen Verlassen. Aber mit dem bloßen corpus ist es nicht gethan, es muß der Wille hinzukommen, den Besitz aufzugeben.

Inst. IV. 15 § 5:

tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversurus discesserit, retinere possessionem videtur. Gaius § 153.

l. 44 § 2 D. de poss.:

vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus,

l. 1 § 25 D. de vi:

nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est,

l. 4 C. de poss.:

si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest.

Es tritt uns hier die reinste und klarste Anwendung der Regel des Paulus (l. 153 de R. J.) entgegen.[11])

Aber wenn ich das vollkommene Recht, das Eigenthum, ganz verlieren soll, muß die Willenserklärung mit allen vom Gesetze vorgeschriebenen

---

[11]) Dies scheint uns v. Liebe zu verkennen, wenn er S. 12 sagt:

„Dem ingredi als Erwerb corpore ist hier das digredi als Verlust corpore entgegengesetzt."

Der Verlustakt theilt sich in die zwei Bestandtheile

a) Verlassen des Grundstücks,

b) Willen, den Besitz aufzugeben.

Dagegen heißt es § 117 A.L.R. I. 7 richtiger:

„Desgleichen (hört der Besitz auf) alsdann, wenn der Besitzer bei Aufgebung der Gewahrsam durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle.

rechtlichen Erforderniſſen ausgerüſtet ſein, der Beſitz weicht von mir, wenn ich nur beſchließe, nicht zu beſitzen, l. 17 § 1 D. de poss.:

> differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit, nolle possidere.

Wenn ich daher Steine in die Tiber ſenke, ſo drücke ich damit als durch den äußerlichen Verluſtakt den Willen aus, die unmittelbare Herrſchaft über die Sache zur Zeit nicht auszuüben, mag ich auch immerhin die Abſicht haben, die Steine nach einer gewiſſen Zeit wieder herauszuholen. Nicht Eigenthum, wohl aber Beſitz iſt alſo verloren, l. 13 de poss.:

> Pomponius refert, quum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.

Denn die begleitende Abſicht, den Beſitz zurückzunehmen oder zurückerſtattet zu verlangen, hebt den Willen, ihn aufzugeben, nicht auf:

> si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere, l. 17 § 1 de poss.

Sollte ich daher beim Verlaſſen des Grundſtücks die Abſicht haben, einen Dritten zum Beſitzer zu machen, und dieſer Dritte ergreift den Beſitz nicht, ſo kann kein Zweifel ſein, daß ich den Beſitz dennoch verliere. Das Motiv, weshalb ich den Beſitz aufgebe, iſt grundſätzlich gleichgültig. Mag der Verluſt des Eigenthums unter Umſtänden von der Richtigkeit der Vorausſetzung bedingt ſein, der Beſitzverluſt als eine res facti iſt eben von jedem rechtlichen Momente unabhängig.[12]) Ja wenn ich ein Grundſtück verlaſſe mit der Abſicht, es aufzugeben, aber den Beſitz unter beſtimmten Bedingungen zurückzunehmen, wird Beſitzverluſt eingetreten ſein. Eine bedingte Aufgabe des Beſitzes iſt überhaupt nur ſo denkbar, daß ein Dritter unter einer Bedingung verpflichtet wird, für uns zu beſitzen, ſonſt enthält das durch eine ſelbſt irrige Vorausſetzung hervorgerufene Aufgeben des Beſitzes ein unbedingtes Aufgeben deſſelben. Dieſe Auffaſſung wird von Celſus zu einem klaren und beſtimmten Ausdrucke gebracht l. 18 § 1 de poss.:

> si furioso, quem suae mentis esse existimas eo, quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet

---

[12]) So heißt es bei Randa S. 444: „Die Irrigkeit der Vorausſetzung (des Motivs) hat auf das Daſein des Willens keinen Einfluß, und insbeſondere kann aus demſelben allein auf die Bedingtheit deſſelben nicht geſchloſſen werden. Prinzipiell iſt alſo für den Beſitzverluſt des Uebergebers gleichgültig, ob der Uebernehmer Beſitz erwirbt oder nicht."

ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Es ist kaum zu bestreiten, daß derjenige, welcher ein Grundstück zu Gunsten eines Dritten verläßt, dasselbe doch immerhin freiwillig verläßt, und es ist unglaublich, daß Ulpian in der l. 34 pr. D. de poss. eine andere Meinung vortragen sollte, da er dadurch die ganze römische Besitztheorie, wonach der Erwerbs- und Verlustwille nur ein rein thatsächlicher zu sein braucht, über den Haufen werfen würde, die Kompilatoren die Aussprüche des Ulpian und des Celsus nebeneinander vortragen, ja Ulpian selbst die ganz richtige Meinung des Celsus zitirt, daß es beim Verluste des Besitzes lediglich auf den von allen rechtlichen Momenten losgelösten animus ankommt, ohne dieselbe als unrichtig zu rügen:

quia animo deponere et mutare nos possessionem et Celsus et Marcellus scribunt.

Auch Ulpian ist der Ansicht gewesen, daß das Aufgeben des Besitzes zu Gunsten eines Dritten ein unbedingtes Aufgeben des Besitzes enthalte, eine ganz andere Frage ist es aber, ob nicht, wenn der Dritte den Besitz ergreift, dann wegen eines vorgefallenen Irrthums vom Vertrage zurücktritt und so also nicht für sich, sondern für uns besitzen will, uns vermöge dieses Willens der Besitz erhalten bleibt.

Gerade weil der Wille nur als ein thatsächlicher, von allen rechtlichen Momenten losgelöster in Betracht kommt, kann er aus konkludenten Handlungen, aus der Vernachlässigung des Grundstücks, aus längerer Abwesenheit gefolgert werden. Für den Verlust des Eigenthums mag man eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung vorschreiben, für den Verlust des Besitzes ist dies eine Unmöglichkeit, l. 38 § 1 D. de usurp. 41. 3.:

fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet (vel quia dominus sine successore decesserit), vel longo tempore[13]) abfuerit; l. 40 § 1 de poss.

Daß aber die Römer hierin nur den Willensausdruck gefunden haben, nicht mehr besitzen zu wollen, erweist die l. 4 C. de poss., denn wenn ich die Kultur nur aus Furcht verschoben habe, also die Absicht, den Besitz aufzugeben, ausgeschlossen ist, tritt Besitzverlust nicht ein. Mit

[13]) Mit Recht machen Savigny S. 360 No. 1 und Randa S. 448 No. 14 darauf aufmerksam, daß es unrichtig ist, eine Zeit bestimmen zu wollen. Es kann nur nach Lage des Falles unter Berücksichtigung aller Umstände darauf geschlossen werden, ob der Wille vorliegt, nicht mehr zu besitzen.

Recht mag daher Ihering S. 210 die diligentia des Eigenthümers als ein unentbehrliches Erforderniß des Besitzes bezeichnen, soweit aus der Vernachlässigung auf den Willen zu schließen ist, den Besitz aufzugeben. [14])

Sobald also das Verlassen des Grundstücks und der wenn auch nur aus konkludenten Thatsachen zu folgernde Wille, den Besitz aufzugeben, zusammentreffen, sagen die Römer, daß der Besitz verloren sei. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß der Verlierende immer noch auf die Sache einwirken und dieselbe eigenmächtig zurücknehmen kann, bis ein Dritter den Besitz besetzt hat. Diese faktische Möglichkeit, das noch übrig bleibende Recht, den Besitz zurückzunehmen, erfreut sich jedoch nicht mehr der besitzrechtlichen Garantien; Besitz ist die rechtliche Möglichkeit körperlicher Herrschaft, und deshalb wird Besitzverlust angenommen. Wir verlieren das Recht, der Gewalt mit Gewalt zu begegnen, dürfen den etwaigen Okkupanten nicht dejiziren, erwerben beim fehlgeschlagenen Versuch der Rückkehr gegen ihn nicht das interdictum unde vi, l. 4 § 28 de usurp. et usuc.:

> item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse ...

Dies Interdikt steht uns gegen den Okkupanten überhaupt nicht zu, insbesondere dann nicht, wenn er Eigenthümer ist. Von einem interdictum uti possidetis kann keine Rede sein.

Nach älterer römischer Vorstellung war mit dem Besitze auch das relative Recht verloren, d. h. der frühere Besitzer, der nicht gerade Eigenthümer war, hatte gegen den unberechtigten Okkupanten keine Rückforderungs- und Schadensersatzklage. Diese ist von Justinian in der l. 11 C. unde vi neu eingeführt, indem er auch die Möglichkeit, den Besitz zurückzunehmen (die vacua possessio absentium), mit den Rechtsmitteln relativen Rechts, nicht aber des vorläufigen umgab. Justinian spricht vollständig in Uebereinstimmung mit der l. 37 § 1 D. de usurp. von einer vacua possessio absentium und giebt gegen den Okkupanten nicht etwa das aus dem Besitze fließende Recht eigenmächtiger Abwehr, sondern das Gegentheil desselben, ein mittelbares Rückforderungsrecht. Die Verwirrung kommt nur daher, daß das Rückforderungsrecht der Nicht-

---

[14]) Mit Recht betont Randa S. 438 der Ihering'schen Auffassung gegenüber, daß Besitzverlust eintrete, weil nach römischen Rechte in solcher Negligenz ein Aufgeben des Besitzwillens erblickt werden muß. — Wer sich entfernt, ohne irgend welche Veranstaltung zur Bewachung oder Benutzung des Grundstücks zu treffen, giebt eben damit den Besitz auf.

eigenthümer (der nicht abſolut Berechtigten) auch Beſitz im Rechtsſinne genannt wird:

et generali jurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.

Auch konnte Juſtinian in dieſer Beziehung um ſo weniger eine Aenderung an den Beſtimmungen des klaſſiſchen Rechts vornehmen, da er im § 6 J. IV. 15 ganz ausdrücklich ſelbſt den gewaltſamen Beſitzer zu vertreiben verbietet.

Der Okkupant einer vacua possessio haftet ferner auch jetzt nicht der Schadenserſatzklage aus dem bloßen Beſitze. Es wird dem Eigenthümer freiſtehen, wenigſtens in den leer ſtehenden Beſitz einzutreten, ohne erſt ein Urtheil herbeizuführen, zumal ja in keiner Weiſe erſichtlich iſt, gegen wen er klagen ſollte. Auch dies Recht hat Juſtinian nicht geändert. In der l. 11 C. unde vi hat er nur die ganz unberechtigten Okkupanten im Auge:

omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios .... pertinere,

und eine ganz andere Frage iſt, wie weit wir an einer vacua possessio das definitive abſolute oder relative Recht beibehalten und aus dieſem gegen den malae fidei possessor Schadenserſatzanſprüche wegen des vorenthaltenen Beſitzes geltend machen können.[14a])

In dem Willen, den Beſitz aufzugeben, vermag uns ohne Vollmacht Niemand zu vertreten, denn durch fremde Handlungen kann unſere Lage gebeſſert, nicht verſchlechtert werden. Wenn daher der Sklave oder Pächter das Grundſtück verläßt, ſo mag das corpus des Beſitzverluſtes eingetreten ſein, wir behalten den Beſitz aber dennoch, weil wir den Willen, den Beſitz aufzugeben, dadurch noch nicht manifeſtirt haben, es müßte denn ſein, daß er aus der dauernden Vernachläſſigung des Grundſtücks entnommen werden könnte. Der etwaige Okkupant gilt alſo nicht als Okkupant einer vacua possessio, ſondern als der einer possessio, quae animo retinetur, d. h. er kann im Momente der Okkupation wieder bejizirt werden und haftet dem interdictum unde vi, wenn er den zurückkehrenden Beſitzer nicht zuläßt,

---

[14a]) Es iſt auch nicht anzunehmen, daß mit dem geſchilderten Beſitzverluſte die conditio usucapiendi interrumpirt wurde und das definitive Recht des Beſitz Verlierenden zu verjähren anfing. Jedenfalls hat ſich immer mehr als jus singulare der Rechtsſatz Geltung verſchafft, daß der Beſitzverluſt, welcher das Recht zurückließ, den Beſitz zurückzunehmen oder ſich in Beſitz zu ſetzen (insbeſondere beim Beſitzverluſt durch Tod) die Uſukapion nicht interrumpirte.

l. 3 § 8 D. de poss. (Paulus):

quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintve, animo retinebo possessionem.

l. 60 § 1 locati 19. 2, l. 25 § 1 de poss., l. 31 de dolo 4. 4.

Trotzdem dieſe Auffaſſung aus der römiſchen Beſitzlehre von ſelbſt folgt, und Paulus ſie mit ſolcher Entſchiedenheit hinſtellt, daß an eine Kontroverſe nicht zu denken iſt, wird eine ſolche von der herrſchenden Schule dennoch angenommen. Afrikan ſoll in der l. 40 § 1 D. de poss. das Gegentheil beſtimmt haben:

si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur; quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. [15])

Man interpretirt die Stelle dahin: Wenn der Kolon ſtirbt, ſo wird der Beſitz nicht ſofort interpellirt, ſondern erſt dann, wenn der Beſitzer es vernachläſſigt, ſich in Beſitz zu ſetzen. Anders ſteht es, wenn der Kolon freiwillig den Beſitz aufgegeben hat. Dann nämlich, meint man, werde der Beſitz ſofort interpellirt. Dies ſagt nun freilich Afrikan überhaupt nicht, und der Schlußſatz: sed haec ita esse vera ... paßt dazu durchaus nicht. Er muß daher in ganz geſchraubter Weiſe allein auf den Fall des Todes des Kolonen zurückbezogen werden, trotzdem durch das Wort „haec“ auf das unmittelbar Vorhergehende und auf mehrere Fälle Bezug genommen wird. Auch iſt die Erſetzung des Wortes: „aliud“ durch „idem“ vorgeſchlagen worden, wodurch die angebliche Kontroverſe allerdings beſeitigt würde. [16])

---

[15]) Auch Savigny S. 369 Note 3 macht darauf aufmerkſam, daß auf die l. 31 D. de poss. als ein trügeriſches Argument a contrario kein Gewicht gelegt werden dürfe. Was die Stelle ſelbſt ſagt, iſt unzweifelhaft richtig, daß wir den Beſitz dann nicht verlieren, wenn der Kolon ihn ohne die Abſicht, den Beſitz aufzugeben, verläßt.

[16]) Savigny läßt ſich über die praktiſchen Konſequenzen der angeblichen Kontroverſe S. 369 sub A. gar nicht aus. Nach Bruns wären die verſchiedenen Meinungen dahin zu fixiren:

a) der Beſitz iſt verloren mit dem Verlaſſen des Kolonen,

b) der Beſitz iſt verloren mit der Okkupation des Dritten.

Meiſcheider S. 346 behauptet als Konſequenz der Meinung zu b:

„An Immobilien behalten wir den Beſitz ſo lange, bis ein Anderer ſich der Sache bemächtigt hat, und wir haben gegen dieſen Anderen nicht, wie nach

Wir halten im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit Donellus V. cap. 12 § 13 folgende Interpretation für die richtige:

Afrikan beschäftigt sich mit der Frage, ob der Besitz zurückbehalten und behufs der Usukapion kontinuirt wird,

possessio et retineretur et contineretur . . . eam interpellari . . .

Wenn der Kolon stirbt, so wird dadurch der Besitz weder verloren noch interpellirt, aber doch dann, wenn der Besitzer es verabsäumt, sich in den körperlichen Besitz zu setzen. Dann liegt eine zum Besitzverluste genügende Negligenz vor, da der Verpächter weiß, daß ein Stellvertreter nicht mehr vorhanden ist. Eine andere Annahme ist dann gerechtfertigt, wenn der Kolon den Besitz freiwillig verläßt. Dann soll auch, wenn der Verpächter den körperlichen Besitz nicht sofort ergreift, der Besitz noch nicht verloren und interrumpirt sein. Der Verpächter braucht gar nicht zu wissen, weshalb der Kolon den Besitz verlassen hat, ob er nicht beabsichtigt, dahin zurückzukehren. Mithin ist der Wille des Verpächters, den Besitz aufzugeben, nicht genügend manifestirt, und Besitzverlust und Interruption nicht eingetreten. Aber alles dies ist nur dann wahr, wenn nicht in der Zwischenzeit Jemand den Besitz okkupirt hat. Dann nämlich muß der Verpächter sofort den Versuch der Rückkehr machen, um sich Besitz oder das Recht zum interd. unde vi zu wahren, und die Interpellation des Besitzes tritt nach der l. 5 D. de usurp. ganz unabhängig hiervon ein.

Hiernach theilt Afrikan die Meinung der übrigen römischen Juristen. Auch Julian ist derselben Ansicht, l. 7 D. pro emtore 41. 4, sie entspricht auch allein dem römischen Prinzip, daß die possessio, quae animo retinetur, nicht durch bloße Okkupation aufgehoben werden kann, l. 46 D. de poss., und mag sie nun selbst in den Büchern der Sabinianer

---

einer kürzeren oder durch die Art der Nutzung des Grundstücks bedingten, auch längeren Abwesenheit, das Recht der Vertreibung, noch beim Fehlschlagen des Versuchs der Vertreibung das interdictum unde vi."

Hieraus würde nun wieder folgen, daß der Okkupant doch nicht als Okkupant eines besessenen Grundstücks zu betrachten ist, also daß der Besitz schon vorher verloren gegangen sein muß.

Dem Zitate aus Meischeider entspricht es, wenn Liebe S. 167 sagt:

„Wenn mithin nach dem Tode (?), dem Weggange (oder in Folge der Untreue des Detentors) das Grundstück in fremde Hände gerathen ist, so ist uns gegenüber ein vorzuziehender Besitzrivale erstanden."

Man scheint hiernach zwei Meinungen, die für das Recht des Besitzes praktisch auf dasselbe hinauslaufen, als eine doktrinäre Kontroverse zu behandeln. Die Römer haben aber sicher praktische Konsequenzen im Auge gehabt, wenn sie lehren, daß der Besitz animo zurückbehalten werde.

als eine Streitfrage behandelt ſein, ſo iſt ſie doch jedenfalls von Juſtinian in unſrem Sinne entſchieden. l. 12 C. de poss.

2. Beſitzverluſt von Mobilien.

Bei Mobilien iſt das corpus des Erwerbsaktes die Erlangung der custodia, das corpus des Verluſtaktes bildet daher das Verlieren der custodia. So lange ſich eine Sache innerhalb des von uns nach den Anſchauungen des gewöhnlichen Lebens beherrſchten Kreiſes befindet, verlieren wir ihren Beſitz nicht, l. 9 § 13 D. de poss.

> Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus.

Nicht die von Savigny angenommene ſubjektive Möglichkeit beliebiger Einwirkung wird vorausgeſetzt, ſondern lediglich die objektive custodia:[17])

> dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Es iſt ganz gleichgültig, ob wir die in unſerer custodia befindliche, früher von uns in Beſitz genommene Sache finden können oder nicht, der Beſitz bleibt erhalten, weil das contrarium des äußerlichen Erwerbsaktes und des Erwerbswillens nicht eingetreten iſt. Daher beſitzen wir auch den Schatz, den wir zur Aufbewahrung auf fremdem Grundſtücke verborgen haben, denn die custodia wird begründet durch die zur Verwahrung des Schatzes getroffenen Anſtalten, und möge uns ſelbſt der Ort aus dem Gedächtniſſe verſchwunden ſein, ſo bleibt die custodia dennoch beſtehen, und den Willen, den Beſitz des Schatzes aufzugeben, haben wir durch das Eingraben deſſelben nicht manifeſtirt;

l. 44 pr. de poss.:

> dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condidissit, non videri peremtum, nec infirmitatem memoriae damnum afferre possessionis, quam alius non invasit.

Aber auch hier iſt der Verluſt der custodia noch nicht Beſitzverluſt, es wird erfordert die omissa aut neglecta custodia, d. h. Aufgabe der custodia und der Wille, den Beſitz aufzugeben,[18]) der ſelbſtverſtändlich, wie im Immobiliarſachenrecht aus konkludenten Handlungen gefolgert werden kann, l. 47 de poss.:

> quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quam-

[17]) Dieſelbe wird in der l. 3 § 13 de poss. auch praesentia genannt, in der l. 55 de A. R. D. potestas: „si in meam potestatem pervenit."

[18]) So auch nach A.L.R. I. 7 § 117.

vis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuerit.

Freilich braucht sich auch hier der Wille nur auf Aufgabe des Besitzes zu richten. Wenn ich daher Steine in die Tiber senke, so drücke ich damit meinen Willen aus, den Besitz zur Zeit aufzugeben, und es ist für den Besitzverlust unerheblich, daß ich sie später wieder herausholen will, l. 13 pr. de poss.,[19]) es ist ohne Einfluß, daß ich die Restitution der Sache mir ausbedinge, l. 17 § 1 de poss., oder irrig voraussetze, daß ein Dritter den Besitz ergreifen wird l. 18 § 1 D. de poss. Die freiwillige und unbedingte Aufgabe des Besitzes, welche zum Besitzverluste genügt, bleibt bestehen.

Für den Besitzverlust von Mobilien ist ferner das contrarium des Erwerbswillens schon dann anzunehmen, wenn wir nicht wissen, wo sich die aus der custodia geschiedene Sache befindet. Das subjektive Element ist abgeblaßt bis auf das Nichtwissen.

l. 25 pr. de poss.:

si, id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere;

l. 3 § 13 de poss.:

aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur.

Für die Annahme, daß sich Vieh verlaufen hat, ist die Voraussetzung, daß wir oder unser Hirte nicht wissen, wo es hingerathen ist, daher verlieren wir an verirrtem Vieh ebenfalls Besitz sofort:

nam pecus simulatque aberraverit ... protinus desinere a nobis possidere ...

Diese Art des Besitzverlustes nähert sich allerdings dem Verlust durch ein Ereigniß, und schließlich ist richtig, daß durch die absolute Un-

---

[19]) Savigny S. 340 No. 3 läßt deshalb Besitzverlust eintreten, weil der Ort, an welchem sich die Steine befinden, uns entweder unzugänglich oder unbekannt ist. Daß dies aber nicht die Voraussetzung der l. 13 l. c. ist, zeigt der Umstand, daß der Eigenthümer die Steine nach einiger Zeit herausgeholt hat. Außerdem wird diese Bedingung willkürlich in das Gesetz hineingetragen.

Ihering S. 218. 219 nimmt deshalb Besitzverlust an, weil der Eigenthümer der Steine sich nicht wie ein Eigenthümer benommen habe. Wir möchten freilich wissen, wie sich ein Eigenthümer bei Gelegenheit eines Schiffbruchs anders benehmen soll, als daß er die Steine an einen bestimmten Ort versenkt, um sie zu retten und nachher wieder herauszuziehen. Von einer längeren Zeit oder einer dauernden Vernachlässigung spricht Pomponius in der l. 13 l. c. überhaupt nicht.

Der Ihering'schen Erklärung entspricht im Wesentlichen die von Liebe S. 22.

möglichkeit[20]) seiner Ausübung jedes Recht verloren geht, also auch der Besitz. Dieser letztere Fall gehört jedoch nicht hierher, es handelt sich vielmehr dann lediglich um Besitzverlust durch Ereigniß.[21])

c) Besitzverlust durch rechtliche Handlungen und zwar in Folge Besitzerwerbes eines Dritten.

1. Besitzverlust von Grundstücken.

Das contrarium des Erwerbsaktes ist ferner der Erwerbsakt eines Dritten. Auch hier genügt die äußerliche Besetzung, das corpus, nicht: der Okkupant oder der Erwerber infolge der Tradition müssen den Besitzwillen haben, so daß auch hier das contrarium des Erwerbswillens eingetreten sein muß.[22]) So lange der Okkupant für uns besitzen will, verlieren wir den Besitz nicht. Will der Erwerbende unter einer Bedingung für uns besitzen, so verlieren wir unter dieser Bedingung den Besitz nicht, da uns derselbe durch das corpus des Dritten erhalten wird, trotzdem das einfache Verlassen eines Grundstücks stets eine Aufgabe des Besitzes corpore et animo enthält,

l. 38 § 1 de poss.:

possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit.

Eine derartige Bedingung kann selbstverständlich nur mit Jemand ver-

---

[20]) Auch der Begriff der Unmöglichkeit bezieht sich hier nur auf den Besitz, nicht auf das Eigenthum. Das Rückforderungsrecht kann immer noch möglich sein, aber keine Art von Besitz, weder civiler noch naturaler.

Hiermit stimmt im Wesentlichen auch § 116 A.L.R. I. 7 überein:

„Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen."

Nur müßte man sich hüten, diesen § auch auf den Fall anzuwenden, wo ein Dritter den Besitz erwirbt, was Suarez freilich gethan hat. conf. Koch Note 74; Förster S. 67.)

[21]) Für den Besitzverlust von Sklaven kann allerdings der Verlust der custodia nicht maßgebend sein, da sie in derselben der Regel nach nicht festgehalten werden. l. 3 § 13, l. 47 de poss. Auch der Besitz des flüchtigen Sklaven wird durch die Flucht allein noch nicht aufgehoben, sondern erst unter folgenden Bedingungen:

a) daß er sich als Freier gerirt,

b) sich längere Zeit im Stande der Freiheit befindet,

c) sich anschickt, das liberale judicium zu übernehmen.

Sonst vermag der Herr den flüchtigen Sklaven ohne Weiteres einzufangen und sich wieder als Herr zu geriren, da der Sklave sich selbst die causa seiner Stellung nicht zu ändern, und so auch nicht den Herrn des Besitzes zu entsetzen vermag.

[22]) Das contrarium des Erwerbswillens ist hier der Erwerbswille des Dritten.

abredet werden, der in einem Falle natürlicher Besitzer oder Stellvertreter, in dem anderen vollständiger Besitzer sein will.[22])

Der Erwerb eines unvollständigen Besitzrechtes entzieht uns den Besitz nicht. Hiervon giebt er nur eine anscheinende Ausnahme.

Wenn der Eigenthümer den natürlichen Besitz als Pächter, Miether, Pfandgläubiger u. s. w. erlangt, so verlieren wir freilich den Besitz, ohne daß dieser den Besitzwillen, geschweige denn den Willen hat, Eigenthümer zu sein, auch ohne daß wir den Willen haben, den Besitz aufzugeben, l. 21 D. de usurp.:

> quia dominus suam rem conduxisset; sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retineret. l. 33 § 5 eodem, l. 29 D. de pign. act. 13. 7.

Dies ist aber durchaus nichts Auffallendes, wie die herrschende Schule meint. Im Gegentheil ist es nur natürlich, daß der Eigenthümer, der seine Sache auf irgend eine Weise zurückerhält, der also nicht verpflichtet ist, für den Vorgänger zu besitzen, ohne Weiteres auf dieselbe einzuwirken vermag und von dem Vermiether, Verpächter u. s. w. nicht mit einer Schadensersatzklage belangt werden kann. Der Eigenthümer erlangt ohne animus das vollkommene Recht, die Sache zu behalten, zurück und daher auch den Besitz. Erwerbsakt und Verlustakt korrespondiren auch hier. Das vollkommene und unvollkommene Recht zu behalten wird durch ein Ereigniß erworben und deshalb gehört der Fall nicht hierher.

Aber nicht allein der Wille des Erwerbenden kommt beim Besitzverluste von Grundstücken als contrarium des einen Erwerbsmomentes in Betracht, es ist auch auf den Willen des Verlierenden zu sehen, l. 3 § 6 D. de poss.:

> in amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est.

Soweit zum Verluste des vollkommenen Rechts zu behalten doppelseitiger Wille gehört, soweit erfordert ihn auch der Besitzverlust, wenn es auch richtig ist, daß er sonst aller rechtlichen Momente entkleidet ist. Die einseitige Okkupation entzieht daher den Besitz nicht. Wir sind nicht verhindert, den Okkupanten im Momente der Okkupation wieder zu dejiziren und weiter auf die Sache einzuwirken; nicht die von uns ausgehende Dejektion und die physische Einwirkung ist ein Unrecht, son-

[22]) Wohl nicht mit Recht behauptet Liebe S. 52, 127, daß ein pendenter Besitz unmöglich sei. Er wird durch den Hinweis auf die l. 38 § 1 de poss., l. 34 pr., l. 42 § 1 D. eodem, l. 3 C. de poss. und auf die allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb von Mobilien widerlegt.

dern der Widerſtand des Okkupanten. Durch heimliche Okkupation allein wird der Beſitz nicht aufgehoben. l. 46 D. de poss.:

quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret; ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

l. 6 § 1 de poss.:

retinet ergo possessionem, qui ad nundinas abiit. l. 17 D. de vi. Wenn nun aber der Beſitzer, ſei es auch aus Furcht, vorzieht, nicht in den Beſitz zurückzukehren, ſo hat er den Beſitz animo verloren; denn darauf kommt es gar nicht an, wie der Wille, den Beſitz aufzugeben, herbeigeführt iſt, mag immerhin Furcht, Zwang, Betrug, Irrthum das Motiv des Willens ſein, l. 7 de poss.:

et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur; l. 25 § 2 eodem:

aut nos ita animo[24]) desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem.

Von dieſem Momente ab darf der frühere Beſitzer den Okkupanten nicht mehr dejiziren und nicht mehr auf die Sache einwirken, bevor er ſein Recht durch den Prätor oder Richter hat feſtſtellen laſſen. Das Recht eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr hat er verloren und ebenſowenig kann er das interdictum unde vi anſtellen, wenn er ſpäter nicht zugelaſſen wird. Er iſt zurückgedrängt auf die Rechtsmittel definitiven Rechts.[25])

Macht dagegen der Beſitzer den eigenmächtigen Verſuch der Wiedererlangung und wird abgewieſen, ſo iſt die Unmöglichkeit phyſiſcher Ein-

[24]) Merkwürdigerweiſe ſagt Bruns S. 156: „Man darf die l. 3 § 8, l. 7 de poss. nicht ſo verſtehen, als ob darin ein freiwilliges Aufgeben des Beſitzes, alſo Verluſt durch animus angenommen würde, wodurch dann das Interdikt nicht begründet werden würde."

Pomponius widerlegt Bruns in der l. 25 § 2 de poss. direkt. Das interd. unde vi wird nur dann begründet, wenn der Beſitzer den vergeblichen Verſuch der Rückkehr macht. Es läßt ſich nur zugeben, daß der Erwerb des Okkupanten ſich nicht auf den animus des Vorbeſitzers ſtützt, trotzdem dieſer nachträglich animo verliert.

[25]) Ein relatives Rückforderungsrecht iſt trotz des derartigen Verluſtes durch die l. 5 C. de poss. eingeführt. Im Uebrigen iſt im Gegenſatze zu der sub b dargeſtellten Art des Beſitzverluſtes anzunehmen, daß die Interruption der Uſukapion eintritt und das Rückforderungsrecht des Verlierenden zu verjähren anfängt (conf. Note 14[a]). Wenn ein Unberechtigter okkupirt hat, wird durch die Rückforderungsklage und die Wiedererlangung des Beſitzes nach den Regeln über die Akzeſſion die Interruption wieder unſchädlich gemacht.

wirkung und eigenmächtiger Abwehr konstatirt. Der Besitz geht zu Grunde, weil, indem sich alle Erwerbsmomente, Apprehension, Apprehensionswille und Kenntniß des Verlierenden zu Gunsten eines Dritten vereinigen, gerade damit das contrarium aller Erwerbsmomente gegeben ist, l. 25 § 2 de poss.:

> quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat . . . Et videtur utilius esse.[26])

Frage ist, ob der Besitz dann verloren geht, wenn der Veräußernde den Besitz aufgeben, der Gegentheil ihn aber nicht erwerben, vielmehr ihn für den Veräußernden fortsetzen will. Man könnte geneigt sein, die Frage zu bejahen und zwar auf Grund folgender Erwägungen: Der Veräußernde hat einmal den Besitz verlassen, seine Absicht, den Besitz auf einen Dritten zu übertragen und die Nichtverwirklichung dieser Absicht vermag hieran nichts zu hindern, da, wie wir oben ausgeführt haben, ein genügender Wille vorliegt. Also kann man annehmen, müsse ohne Rücksicht auf den Erwerb des vermeintlichen Sukzessors Besitzverlust auf Seiten des Tradenten eintreten. Trotzdem ist diese Deduktion unrichtig. Das corpus ist zu Ungunsten des Tradenten nicht in sein Gegentheil gewendet, wenn der in den naturalen Besitz Sukzedirende für den Veräußernden oder wenigstens nicht für sich besitzen will, und so das corpus zu Gunsten des Veräußernden erhalten bleibt. Auch der animus des Erwerbers, der zurückgeben und nicht für sich besitzen will, spricht noch zu Gunsten des Veräußerers.

Ebenso verliert man den unter einer Bedingung aufgegebenen Besitz dann, wenn nicht das corpus in der Person eines Dritten erhalten bleibt,

---

[26]) Die Theorie bemüht sich seit Savigny vergeblich, den Verlust des Besitzes durch Dejektion und die Regel des Paulus l. 153 D. de R. J. in Einklang zu setzen, und ist schließlich dahin gekommen, sie als widersinnig bei Seite zu schieben. Indem man nur auf den Verlierenden sah, vermißte man das contrarium des im Willen liegenden Erwerbsmomentes. Aber auch bei dem Erwerbe kommt es nur auf die Apprehension, den Apprehensionswillen und die Kenntniß des Verlierenden an, und die Regel des Paulus wäre geradezu falsch, wenn beim Verluste mehr Momente berücksichtigt würden. Die Lösung des anscheinenden Widerspruchs liegt in dem einfachen Satze:

Der Besitz wird verloren, sobald ihm gegenüber ein neuer Besitz erworben wird. In dem Erwerbe eines Dritten liegt gerade das contrarium aller Erwerbsmomente. Diese Regel entspricht der l. 153 D. de R. J. vollkommen und ist u. E. so richtig, daß sich ihr kein Gesetzgeber wird entziehen können.

aber dann kann der Beſitz unter einer Bedingung tradirt, alſo auch betreffenden Falls fortgeſetzt werden, wenn ein Dritter das corpus zu Gunſten des Tradenten erhält.

Für den Fall, daß das corpus zu Gunſten des Tradenten wenn auch nur in der Perſon des Dritten erhalten bleibt, treffen die aufgeſtellten Regeln des Beſitzverluſtes nicht zu, nicht die Regeln des Beſitzverluſtes ohne Beſitzerwerb eines Dritten (sub b), weil das corpus erhalten wird, alſo nicht in das Gegentheil umſchlägt, nicht die Regeln des Beſitzverluſtes infolge Erwerbs eines Dritten (sub c), weil der Dritte nicht beſitzen will, alſo ein entgegenſtehender Wille nicht vorliegt.

Gründe und Gegengründe dieſer Auffaſſung werden von Ulpian in der l. 34 pr. D. für den Fall vorgetragen, wo der Erwerbende wegen Irrthums von dem Geſchäfte zurücktreten, die Sache zurückgeben, alſo nicht für ſich, ſondern für den Veräußernden beſitzen will. Er erklärt zunächſt, daß bei einem Irrthume im Objekte Beſitz weder verloren, noch gewonnen werde, weil es auf beiden Seiten an dem auf das beſtimmte Objekt gerichteten Willen fehlt.[27]) Weil wir nun aber, fährt er fort, im Objekte einig geweſen ſind, ſo fragt es ſich, ob du den Beſitz verlierſt, da du ja den Willen gehabt haſt, den Beſitz aufzugeben, und Celſus und Marcellus ſchreiben, daß wir durch die bloße Willenserklärung den Beſitz aufgeben und übertragen können. Und wenn nun unter Umſtänden der Beſitz auch durch bloße, von allen ſonſtigen rechtlichen Erforderniſſen entkleidete Willenserklärung erworben werden kann, ob er nicht auch im gegebenen Falle erworben iſt? Aber Ulpian glaubt nicht, daß der Irrende erwerbe; wenn er wegen Irrthums vom Geſchäft zurücktreten und zurückgeben will, ſo macht er, auch was das corpus betrifft, daſſelbe dem Veräußernden durch ſeinen Willen dienſtbar und will ſelbſt nicht beſitzen.[28])

---

[27]) Merkwürdigerweiſe bezieht die geſammte moderne Literatur die l. 34 D. pr. de poss. auch in ihrem zweiten Theile auf den error in corpore. Der Text der Florentina ſchließt aber eine derartige Interpretation direkt aus:

Quoniam autem in corpore consenserimus . . . .

Wir vermögen Randa nicht beizutreten, wenn er S. 445 Nr. 1. 9 die florent. Leſeart für offenbar unrichtig erachtet. conf. auch Meiſcheider S. 318, Liebe S. 123. Von einem Verluſt durch Willenserklärung: „animo deponere et mutare“ ſpricht der Juriſt offenbar deshalb, weil das corpus, wenn auch in der Perſon eines Dritten, erhalten bleibt.

[28]) Ein Prokurator kann wegen Irrthums den doch immerhin erworbenen Beſitz gar nicht aufgeben, weil die nicht beſonders aufgetragene Vertretung im animus ausgeſchloſſen iſt. Daher erwerben wir den Beſitz durch den irrenden Stellvertreter. Wenn aber der Prokurator ſich nicht irrt, wir aber bei Ertheilung des Auftrages

In analoger Weise wird demjenigen, welcher den Besitz unter einer Bedingung abtrat, beim Fehlschlagen der Bedingung der Besitz durch den Erwerber erhalten:

sed non puto, errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.[29])

Ulpian sagt daher keineswegs, daß in allen Fällen der Wille, den Besitz zu Gunsten eines Dritten aufzugeben, ein bedingter sei, sondern im Gegentheil, daß dieser Wille dann nicht genügt, wo das contrarium des Erwerbsaktes in seinen beiden Beziehungen doch nicht eingetreten ist, ein Dritter nicht für sich, also (ergo) für uns äußerlich den Besitz fortsetzt; er ist weit davon entfernt, der Ansicht des Celsus l. 18 § 1 de poss. zu widersprechen, welcher letztere voraussetzt, daß wir ohne Weiteres den Besitz verlassen haben, ohne daß ein Dritter ihn vermöge seines Willens für uns fortsetzt, also daß in der That das äußerliche und innerliche Moment in ihr Gegentheil umgeschlagen sind. Sobald ein Dritter zwar den Besitz erwirbt, aber dann dennoch seinen Besitzwillen wegen eines Mangels im Erwerbsgrunde zurückzieht, liegt ein contrarium beider Erwerbsmomente überhaupt nicht vor, das corpus gilt für uns fortgesetzt; sobald wir den Besitz ohne Weiteres verlassen und Niemand ihn für uns fortsetzt, ist das contrarium beider Momente stets anzunehmen; hierin liegt der Unterschied der l. 34 D. de poss. und l. 18 § 1 D. de poss.[30]) Sie sind beide gleich logisch und gleich

---

einem Irrthum unterworfen gewesen sind, so können wir die Besitzergreifung immer noch genehmigen, und uns wird auch in diesem Falle Besitz erworben. l. 34 § 1 de poss.

Die l. 34 § 1 D. de poss. bestätigt hiernach unsre Auffassung der l. 34 pr., nach welcher eben anzunehmen ist, daß der zwar eingetretene Besitzerwerb von Anfang an wieder rückgängig gemacht ist.

[29]) Die beiden Fälle werden nur verglichen. Im Falle der bedingten Tradition gilt beim Fortfall der Bedingung der Erwerber nur als Stellvertreter, und den derartigen Besitz hat der Veräußerer gewiß nicht abgelehnt. Im Falle des Rücktritts aus einem Mangel im Erwerbsgrunde gilt der Erwerber ebenfalls als Vertreter, und auch der derartige Besitz ist nicht abgelehnt. Eine andere Entscheidung als die des Ulpian, die sehr häufig als unlogisch getadelt wird, würde sogar alle Rechtskonsequenz wider sich haben. In keinem Augenblicke ist der Erwerber verhindert, wieder für den Veräußerer zu besitzen; die Annahme ist unmöglich, daß der Veräußerer sich dies verbeten habe, und faßt nun der Erwerber diesen Entschluß, nicht für sich, also für den Veräußerer zu besitzen, aus einem Mangel in dem Erwerbsgrunde, so ist die Zurückbeziehung auf den Erwerbsakt von selbst gegeben.

[30]) Dem Wortlaute der Gesetze scheint es nicht zu entsprechen, wenn man zwischen Ermächtigung zur Besitzergreifung (Ulpian) und Einhändigung der Sache (Celsus) unterscheidet. In jeder vermeintlichen Tradition liegt eine Ermächtigung zur Besitz-

praktiſch brauchbar; denn wie will man es rechtfertigen, ein Grundſtück, das der Sukzeſſor nicht erwerben, ſondern zurückgeben will, wie eine possessio vacua beliebiger Okkupation preiszugeben?

Wenn wir nun in der beſchriebenen Weiſe corpore et animo den Beſitz verloren haben, ſo iſt klar, daß wir gegen den Willen des neuen Beſitzers nicht mehr auf die Sache einwirken und ihn nicht dejiziren dürfen, daß wir die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrſchaft nicht mehr haben und zurückgedrängt ſind auf ein mittelbares Klagerecht, das Interdikt oder die actio.

Auch hier unterliegt die Anſicht keinem Bedenken, daß uns in dem Willen, den Beſitz aufzugeben, an ſich Niemand ohne Auftrag zu vertreten vermag. Aber Beſitzerwerb und Beſitzverluſt wird nur beurtheilt nach der Perſon des unmittelbaren Auktors der Erwerbenden, mag dieſer Auktor auch kein Recht an der Sache haben, mag er auch nur natürlicher Beſitzer als Miether und Pächter u. ſ. w. ſein. Wollte man das definitive Recht deſſelben hineinziehen, ſo würde man von dem Erwerbs- und Verluſtakte des vollkommenen Rechts zu behalten mehr als das corpus und animus entlehnen und auf Momente Gewicht legen, die nur für das definitive Recht von Bedeutung ſind. Wir verlieren daher ſchon dann den Beſitz, wenn unſer Stellvertreter unmittelbar dejizirt wird und den Okkupanten nicht wieder zu dejiziren vermag, ſelbſtverſtändlich aber dann, wenn er einem Dritten den Beſitz übergiebt,

l. 44 § 2 de poss.:

ejus vero, quod servi, vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset; eamque amitti nobis quoque ignorantibus.[31])

---

ergreifung. Von einem bloßen Konſtitutum, wie Esmarch meint, ſpricht Ulpian gewiß nicht (et in Cornelianum iero). Der von Ulpian behandelte und der von Esmarch ſupponirte Fall haben nur inſofern Aehnlichkeit, als in beiden Fällen dem Veräußerer einmal durch fremde, das andere Mal durch eigene Vermittlung das corpus erhalten bleibt, und daß, wenn nun der Erwerber wegen eines Mangels im Erwerbsgrunde nicht beſitzen will, der Beſitz des Veräußerers fortdauert.

Jhering ſcheidet ohne Grund den Beſitzverluſt von Immobilien und den Beſitzverluſt von Mobilien und meint auch mit der herrſchenden Schule, daß Ulpian im letzten Theile des Geſetzes vom Irrthume im Objekte ſpreche.

In gleicher Weiſe wird im Falle der l. 12 D. unde vi der Beſitz des Verkäufers deshalb erhalten, weil der Kolon für ihn beſitzen muß.

31) Die l. 44 § 2 de poss. bezieht ſich gar nicht auf den Fall, daß der Stellvertreter das Grundſtück vor der Okkupation verlaſſen hat, ſie ſetzt vielmehr voraus, daß der das Grundſtück noch natürlich beſitzende Kolon dejizirt ſei.

l. 1 § 22 de vi:

quod servus vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos dejectos, per quos possidebat.

Nur kommt der Besitzerwerb infolge der Tradition des Stellvertreters, da dieser nicht für den Vertretenen tradiren kann, nicht als ein Besitzerwerb auf Grund der Tradition, sondern als ein originärer Besitzerwerb in Betracht. Die Tradition selbst ist ein „nihil actum". Trotzdem läßt sich der Besitzerwerb nicht als ein gewaltsamer auffassen, und das interdictum unde vi ist nicht begründet. Wenn der Stellvertreter im heimlichen Einverständniß mit dem Erwerber gehandelt hat, mag sich der Vertretene durch den vergeblichen Versuch der Rückkehr das interdictum unde vi verschaffen können. Im Uebrigen wäre es verkehrt, den Erwerber stets als einen Erwerber im schlechten Glauben zu behandeln, da ja nur das Handeln des Stellvertreters rechtlich nicht in Betracht kommen soll.

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Vertreter den Besitz vor der Okkupation verlassen hat, denn dann handelt es sich um einen Besitz, der wegen Nichtaufgabe des Besitzwillens von dem Verpächter oder Vermiether zurückbehalten wird, und der frühere Stellvertreter und natürliche Besitzer kann als Vormann überhaupt nicht mehr in Betracht kom-

---

Wir halten es daher für unrichtig, wenn man in Bezug auf den ersten Fall nun sogar drei verschiedene Meinungen als Ansichten römischer Juristen aufstellt:

a) Besitzverlust trete bereits ein mit dem discedere des Repräsentanten (Africanus l. 40 § 1 D. de poss.),

b) er trete erst ein mit der Ingression des Dritten (Papinianus l. 44 § 2 eod.),

c) er bleibe bestehen trotz des discedere des Kolon und des ingredi eines Dritten und selbst trotz der Tradition an diesen, Paulus l. 3 §§ 6. 7. 8. 9 eodem.

Daß die Meinungen zu a. und b. im Wesentlichen auf dasselbe hinauslaufen, und Afrikan falsch verstanden wird, haben wir schon oben ausgeführt. Die Meinung zu c halten wir allein für römischen Ursprungs, nur scheint es nicht zu billigen, wenn Savigny auch den Fall der Tradition hereinzieht und behauptet, der Besitz des Verpächters werde auch nicht durch die von dem Kolonen vorgenommene Tradition aufgehoben. Diese Ansicht kann unmöglich auf die l. 3 §§ 6. 7. 8. 9 de possessione gestützt werden. Wenn Paulus die Stelle mit der allgemeinen Erklärung schließt:

nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus,

so wird bei der Erklärung doch wohl übersehen, daß ja nach der l. 1 § 22 D. de vi die Dejektion des Sklaven und Kolonen als die eigene des Herrn anzusehen ist. Dasselbe muß mit Bezug auf den Erwerb des Besitzrechts auch für die Tradition gelten. Oder sollen wir etwa mit Savigny annehmen, daß wir den Besitz verlieren, wenn der Kolon dejizirt wird, nicht aber wenn er den Besitz übergiebt?

men. Papinian widerſpricht daher in der l. 44 § 2 de poss. der oben gegebenen Darſtellung keineswegs.

Hiernach iſt es nicht geſtattet, den Sukzeſſor unſeres Stellvertreters eigenmächtig zu dejiziren oder ohne ſeinen Willen auf die Sache einzuwirken, bis unſer Recht durch Prätor oder Richter feſtgeſtellt iſt. Gegen denjenigen, der durch Tradition von unſrem Stellvertreter erwirbt, iſt das interdictum unde vi der Regel nach nicht begründet. Nach altem Rechte war mit dem Beſitzverluſte der Regel nach auch der Verluſt des relativen Rechts verbunden, d. h. ein Nichteigenthümer hatte kein Rückforderungsrecht. Ein derartiges Rückforderungsrecht wird Juſtinian durch die l. 5 C. de poss. für den Fall neu eingeführt haben, daß der Stellvertreter das Grundſtück veräußert. Daſſelbe kann aber nur in der alle Rechtsinſtitute verwirrenden Sprache der Kaiſerkonſtitutionen und des Mittelalters Beſitz genannt werden. Im Uebrigen iſt es unglaublich, daß Juſtinian das alte Recht abgeändert haben ſollte. Derſelbe Juſtinian, der in dem § 6 J. de interdict. mit klaren Worten ſelbſt den gewaltſamen Okkupanten zu vertreiben verbietet und das Vertreibungsrecht ſicher auf die Fälle der l. 3 § 9 und l. 17 D. de vi eingeſchränkt hat, konnte es unmöglich geſtatten, daß ſelbſt der bonae fidei successor unſeres Stellvertreters eigenmächtig dejizirt werden dürfe. Von einer ſolchen ganz exorbitanten Beſtimmung, die alle Regeln der römiſchen Beſitztheorie auf den Kopf ſtellen würde, enthält auch die l. 12 C. de poss. kein Wort. Juſtinian verordnet ausdrücklich nur, daß, wenn der Kolon den Beſitz des Grundſtücks verlaſſen oder einem Anderen preisgegeben hat aus Nachläſſigkeit oder in betrügeriſcher Abſicht, ſo daß nun einem Anderen die Gelegenheit eröffnet wird, denſelben Beſitz zu detiniren, daraus dem Eigenthümer oder demjenigen, gegen welchen der Betrug ausgeübt iſt, überhaupt kein Schade erwachſen ſolle:

nihil penitus domino praejudicii generetur.[32])

Er ſetzt als Hauptfall voraus, daß der Stellvertreter den Beſitz verlaſſen, nicht, daß er ihn tradirt habe, und ſagt überhaupt nicht, wie denn der Schade geheilt werden ſolle. Aehnlich iſt in der l. 5 C. de poss. nicht etwa verordnet, daß der Verpächter das vom Kolonen veräußerte Grundſtück ohne Weiteres zurücknehmen könne, ſondern gerade im Gegentheil, daß der Vorſteher der Provinz nach erfolgter Unterſuchung es zurückgeben ſolle:

praeses provinciae, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet.

---

[32]) conf. Donellus lib. V. cap. 12 § 27.

Unseres Erachtens ist die l. 12 C. de poss. ihrem ausdrücklichen Wortlaute nach hauptsächlich auf den Fall zu beziehen, daß der Kolon den Besitz verläßt. Dann wird der Besitz animo insofern zurückbehalten, als der Okkupant abgewehrt werden kann, das interdictum unde vi gegen ihn begründet ist, wenn er den zurückkehrenden Besitzer nicht zuläßt, endlich die Usukapion fortdauert. Bezieht man aber und mit Recht das Gesetz l. 12 C. de poss. auch auf den Fall der Tradition, so soll doch nur der entstehende Schade abgewendet werden. Dies geschieht aber auch durch die Konstruktion eines Rückforderungsrechtes im Sinne der l. 5 C. de poss., durch welches die erfolgte Interruption der Usukapion dann der Regel nach unschädlich gemacht wird, und dadurch, daß der Akt nicht als Tradition, sondern als einseitiger Erwerbsakt gilt. Etwas Weiteres kann man aus dem ganz unbestimmten Ausdrucke der Konstitution gewiß nicht folgern. Wollte man aus derselben schließen, wie man es allerdings gethan hat, daß derjenige, dem der Stellvertreter den Besitz übergiebt, trotzdem Besitz nicht erwerbe, oder daß sein Besitz stets als ein gewaltsamer oder bösgläubiger in Betracht komme, so würde man weit über den Wortlaut des Gesetzes hinausschießen, denn dasselbe verordnet nur, daß das Handeln des Stellvertreters keine Rechtswirkung haben solle.

2. Besitzverlust von Mobilien.

Im Mobiliarsachenrechte bildet das Gegentheil der custodia, durch welche wir als das corpus Besitz erwerben, die custodia eines Dritten. Aber auch hier genügt es nicht, daß ein Dritter die custodia erlangt, derselbe muß für sich besitzen wollen, sonst setzt er unsere custodia fort, und das Gegenstück derselben ist nicht eingetreten.

Wenn wir nun eine Sache in die custodia eines Dritten bringen mit dem Willen, den Besitz zu seinen Gunsten aufzugeben, so haben wir oben ausgeführt, daß der Besitz von dem Dritten im Falle des Auftrages sofort, sonst aber nur unter der Bedingung erworben wird, daß er den Besitz annimmt, l. 18 § 2 de poss. Unter derselben Bedingung tritt daher auch der Besitzverlust ein. Wenn daher gegen unsren Willen der Dritte nicht besitzen will, so wird die custodia zu unsren Gunsten erhalten, und gerade hier erweist sich die Auffassung des Ulpian in der l. 34 pr. D. de poss. als eine im hohen Grade praktische. Denn wer wollte den Besitz als verloren ansehen, wenn mir ein Kaufmann oder Buchhändler nach seiner Meinung gekaufte Bücher oder Waaren zuschickt, deren Besitz ich nun nicht erwerben will?[33]) Das contrarium des Erwerbsaktes in

[33]) Es ist auch hier die Schlußfolgerung des Ulpian zu wiederholen. Der Erwerber des Besitzes will nunmehr aus einem Mangel im Erwerbsgrunde nicht besitzen, also (ergo) setzt er für den Veräußerer den Besitz fort.

seinen beiden Beziehungen ist noch nicht eingetreten, so lange uns in der fremden custodia die eigene erhalten bleibt.

An Sachen, die ohne unseren Willen oder durch Zufall in eine fremde Gewahrsam gerathen sind, wird dadurch Besitz weder verloren noch erworben, da unsre Gewahrsam zwar aufgehoben, aber das contrarium des Erwerbswillens (der fremde Erwerbswille) noch nicht hinzugetreten ist.[34]) Wir verlieren den Besitz nicht an dem Regenschirme, den wir aus Vergeßlichkeit in einem fremden Lokale haben stehen lassen, nicht an den Gegenständen, welche der Wind auf des Nachbars Grundstück hinübergeführt hat, nicht an den Eiern, welche unsre Hühner auf fremden Grund und Boden gelegt haben, selbst nicht an dem Schatze, den wir auf einem fremden Felde eingegraben haben u. s. w. Auch hier, wie überall, bewährt sich die Regel des Paulus, daß Besitzverlust erst eintritt, wenn beide Erwerbsmomente in ihr Gegentheil gewendet sind. Der Dritte, der ohne unsren Willen die custodia erlangt hat, muß erst durch irgend eine Handlung den Besitzwillen manifestiren, um uns den Besitz zu entziehen und Besitzer zu werden.[35]) Zu Unrecht werden alle Voraussetzungen des furtum's verlangt. Das furtum verlangt Besitzerwerb und die diebische Absicht. l. 67 de furtis: Sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa. Besitzerwerb kann auch ohne diebische Absicht im guten Glauben erfolgen.[36]) Es ist nur zuzugeben, daß der bloße nicht manifestirte Wille im Rechte überhaupt von keiner Bedeutung ist, und daß eine Handlung je nach Umständen bald als Besitzhandlung aufgefaßt werden muß, bald nicht (l. 20 D. de poss.).

Aber hierin liegt der Unterschied zwischen dem Immobiliar- und Mobiliarbesitzrecht: Beim Besitzverluste eines Immobile ist stets auf den doppelseitigen Willen des Erwerbenden und Verlierenden zu sehen, die bloße Okkupation führt den Besitzverlust nicht herbei, bei Mobilien ist der einseitige Wille des Erwerbenden ausreichend, Besitzverlust tritt ohne Willen und ohne Kenntniß des Verlierenden ein. Papinian erblickt in dem Umstande, daß man die Sache außerhalb der eigenen custodia läßt, schon eine Aufgabe oder Vernachlässigung derselben, bei welcher Auffassung der Unterschied allerdings verschwinden würde, denn auch sonst ist aus der Nachlässigkeit der zum Besitzverluste genügende Wille zu schließen, l. 47 de poss.:

---

[34]) Allerdings kann durch ein anderes Moment der Besitzverlust herbeigeführt werden, so, wenn wir nicht wissen, wo sich die aus unsrer custodia entfernte Sache befindet.

[35]) Alles Vorgetragene fließt aus der ganz allgemeinen Regel, daß in dem Erwerbe eines Dritten das Gegentheil der Erwerbsbedingungen liegt.

[36]) conf. l. 3 § 18 de poss., l. 52, 67 pr. de furtis, l. 47 de poss.

si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere, neque reddere constitueris, confestim amisisse possessionem vel ignorantem, responsum est; cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum offerre consuevit.[37])

Aber auch aus dem Gesichtspunkte ist die römische Auffassung als allein praktisch zu rechtfertigen, daß es überhaupt nicht erlaubt sein darf, in eine fremde custodia gegen den Willen des Dritten einzugreifen.

B. Besitzverlust durch Willenserklärung allein.

Wenn wir aber noch so sehr für die Regel des Paulus eingetreten sind, daß der Besitz nur durch das Gegentheil der beiden Erwerbsmomente aufgehoben werde, so sagt doch Paulus selbst in der l. 3 § 6 D. de poss. ausdrücklich das Gegentheil:

itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest.

Hier werden sogar Besitzerwerb und Besitzverlust als Gegensätze einander gegenübergestellt. Trotzdem wird durch dies Gesetz die Harmonie der Bestimmungen nicht aufgehoben. Durch den bloßen animus können wir deshalb nicht Besitz erwerben, weil uns wenigstens ein fremdes corpus dienstbar gemacht werden muß; dagegen können wir durch den bloßen animus den Besitz verlieren, weil uns das dienstbar zu machende corpus bereits zusteht.

Der Besitzverlust animo erfolgt dadurch, daß wir unser corpus einem Dritten dienstbar machen; Besitzerwerb und Besitzverlust durch Willenserklärung bilden so das Gegenstück von einander; beide sind eigenthümlichen Charakters und beide Ausnahmen von der Regel, indem sie Besitz ohne eigenes corpus übertragen:

a) Wenn ich auch erkläre, daß ein Dritter oder jeder beliebige Dritte auf das Grundstück einwirken könne, dennoch aber im Besitze des Grundstücks verbleibe, so ist mir natürlicher Besitz nicht abzusprechen, und ich darf auf keinen Fall dejizirt werden.

b) Die bloße Willenserklärung, den Besitz aufzugeben, vernichtet den Besitz definitiv nur so weit, als ich verpflichtet bin, für den Dritten zu besitzen, also ein giltiges Veräußerungsgeschäft und ein giltiges Konstitut

[37]) Der Fall wird also so angesehen, als wenn der Besitzer durch Vernachlässigung der custodia den Besitz verloren und demnächst ihn erst ein Dritter okkupirt hätte.

vorliegt. Sonſt iſt das Prekarium, die Pacht, Miethe u. ſ. w. der eigenen Sache ungiltig, und derjenige, der noch berechtigt geblieben iſt, kann nicht verhindert werden, ohne Weiteres wieder auf die Sache einzuwirken, ohne ſein Recht erſt durch den Prätor oder Richter feſtſtellen zu laſſen. Er haftet weder dem interdictum unde vi, noch dem interdictum uti poss., da er aus gerechtfertigter Urſache handelt und auch den Beſitz mit dem definitiven Rechte behalten hat.

Von dieſer Regel, daß nur die vollgiltige Willenserklärung, welche das definitive Recht überträgt, den Beſitz endgiltig aufhebt, gilt auch hier nur die eine Ausnahme, daß die Abſicht der Parteien auf den Beſitz, das unvollkommene Recht zu behalten, allein gerichtet iſt. Wenn eben die Parteien ausmachen, daß der durch Willenserklärung Erwerbende ohne Weiteres auf das Grundſtück einwirken könne, und daß dies ſelbſt dann erlaubt ſein ſolle, wenn auch das Veräußerungsgeſchäft nichtig iſt, ſo ſind ſie ſelbſt dann an dieſe Vereinbarung gebunden, wenn auch der veräußernde Eigenthümer definitiv Berechtigter geblieben iſt, während ſonſt das von dem verbleibenden Eigenthümer abgegebene Konſtitut jedes Rechtseffekts entbehrt.

c) Auch hier muß die Willenserklärung ausdrücklich darauf gerichtet ſein, den Beſitz aufzugeben. Ein bloßer Vertrag iſt nicht geeignet, den Beſitzverluſt herbeizuführen.

Unſer corpus kann nun allerdings auch dadurch einem Dritten oder einer beliebigen Anzahl von Perſonen dienſtbar gemacht werden, daß wir eine an ſich nicht bindende Erklärung abgeben, alſo nichts als der animus des Verlierenden vorliegt. Dies geſchieht im gewöhnlichen Leben täglich, indem z. B. in Wirthshäuſern Sachen zum beliebigen, unter beſtimmten Bedingungen gewährten Gebrauch ausliegen. Hier ſind wir jedoch in der Lage, ſtets unſren Willen zurückzuziehen, und dann iſt kein Rechtsmittel begründet. In dieſem Falle ſteht daher weder ein definitiver Beſitzerwerb, noch ein definitiver Beſitzverluſt in Frage. Es iſt auch hier wie beim Erwerbe das constitutum, welches auf einer Verpflichtung des Konſtituenten beruht, von demjenigen zu ſcheiden, welches ſich auf ſeinen bloßen animus ſtützt.[38])

Hiernach ergiebt ſich, daß ſich die Regel des Paulus l. 153 D. de R. J. A. in allen Punkten bewährt. Für den Erwerb und Verluſt des Beſitzes hat man dem Erwerbsakte und Verluſtakte des vollkommenen

[38]) Bindend iſt der Beſitzverluſt animo alſo auch nur dann,
a) wenn die Erklärung akzeptirt iſt,
b) dem Erwerber gegenüber erklärt iſt,
c) ihr eine giltige causa zu Grunde liegt.

Rechts zu behalten das corpus und den animus entlehnt und sie von allen sonstigen rechtlichen Bedingungen befreit; stets aber sind beide Momente zu berücksichtigen, soweit sie überhaupt in dem Erwerbs- oder Verlustakte enthalten sind, der Erwerb und Verlust des vollkommenen und unvollkommenen Rechts zu behalten durch Willenserklärung steht unter ganz besonderen Regeln und bildet die nicht zu verallgemeinernde Ausnahme. Die Momente, durch welche der Besitz verloren wird, bilden stets das Gegenstück der Erwerbsmomente.

---

§ 15. Verlust der rechtlichen Garantien des Besitzes und Wirkungen des Besitzverlustes.

A. Der Besitz, die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft, geht dann verloren, wenn die rechtlichen Garantien dieser Möglichkeit beseitigt sind. So verlieren wir durch das freiwillige Aufgeben den Besitz, denn wenn wir auch denselben zurücknehmen können, so ist diese Möglichkeit doch nicht mehr ausgestattet mit den Rechtsmitteln vorläufigen Rechts. Mögen auch später Rechtsmittel definitiven Rechts eingeführt sein, so haben doch die Römer die bloß mit Rechtsmitteln definitiven Rechts umgebene Möglichkeit, den Besitz zurückzunehmen, nicht Besitz genannt.

Der Besitz geht ferner verloren, wenn die noch vorhandenen Rechtsgarantien nicht mehr die Möglichkeit körperlicher Herrschaft gewähren. So verlieren wir den Besitz, wenn ein Dritter das Grundstück okkupirt, und wir den Okkupanten nicht sofort wieder dejiziren, denn das Recht gewährt uns nicht mehr die Möglichkeit unmittelbarer körperlicher Herrschaft, sondern verweist auf die Klage.

Da die Rechtswissenschaft seit Savigny daran gewöhnt ist, Besitz und Interdiktenrecht identisch zu setzen, müßte der Verlust des einen der des anderen sein. Dies ist aber keineswegs der Fall, da ich den Besitz verlieren und das vorläufige Recht behalten kann.

Mit dem Besitze gehen nur die mit ihm verbundenen Rechtsgarantien verloren, das Recht der Gewalt, das interdictum uti poss. und das Recht zum interdictum unde vi, d. h. das Recht, dasselbe für den Fall der Dejektion anzustellen. Das Interdikt selbst wird erst durch den Verlust begründet.

Das vorläufige Rückforderungsrecht setzt direkt voraus, daß der Besitz verloren ist, denn Besitz und Rückforderungsrecht sind Gegensätze. Den Besitz verliere ich durch die gewaltsame Okkupation, nicht aber das

vorläufige Recht, das als Rückforderungsrecht hierdurch erst begründet wird.[1])

Nur insofern hängen Besitz und vorläufiges Rückforderungsrecht zusammen, als das letztere Niemand gebührt, außer demjenigen, der zur Zeit der Okkupation besessen hat, l. 1 § 45, § 23 de vi. Wir haben oben ausgeführt, daß diese Grundsätze von Justinian unmöglich aufgehoben sein können, da er dadurch das ganze Interdiktenrecht würde aus den Fugen gehoben haben.

Durch das constitutum wird entweder definitives Recht verloren, oder nicht einmal der Besitz, so daß es eine vorläufige Klage auf Herausgabe nicht begründet.

B. Eine ganz andere Frage ist: wann verlieren wir das definitive aber relative Recht? Es ist richtig, daß die Römer zunächst das relative Recht auf den Besitz beschränkt haben, daß es mit dem Besitz erworben und verloren wurde. Nur dem definitiv berechtigten Eigenthümer sollte ein Rückforderungsrecht zustehen. Später wurde in den Interdikten, den Besitzkondiktionen, der publizianischen Klage ein relatives Rückforderungsrecht geschaffen, und schließlich hat dieses die Fesseln nach allen Richtungen hin durchbrochen, die ihm durch die Lehren vom Besitz- und Interdiktenrecht aufgelegt waren. Wenn Justinian den Titel 32 des 7. Buches des Kodex:

„de acquirenda et retinenda possessione“

überschreibt, so beabsichtigt er gerade darin auszuführen, wie trotz des eigentlichen Besitzverlustes das Rückforderungsrecht der Nichteigenthümer erhalten bleibt. Deshalb wird in der l. 5 l. c. ausgeführt, daß der treulose Verkauf des Pächters dem Verpächter das Recht nicht entziehen könne, in der l. 6, daß der ohne jeden gerechtfertigten Grund Okkupirende den Besitz zurückgeben müsse, in der l. 7, daß der ungerechtfertigte Besitz einen sicheren Besitztitel nicht verschaffen könne, in der l. 9, daß derjenige, der unter der Vorgabe eines Kaufgeschäfts sich in den Besitz einschleicht, einen gerechtfertigten Grund, ihn zurückzubehalten, nicht habe, in der l. 10, daß der Besitz, der durch Klage angegriffen sei, noch gar kein ordentlicher Besitz sei, in der l. 11, daß die Besitzfehler sich vererben, in der l. 12, daß das Verlassen oder die treulose Uebergabe des Besitzes seitens des Pächters dem Verpächter keinen Schaden bringen solle. Das Resultat oder Ziel der Entwickelung aber ist dieses:

Das definitive aber relative Recht wird verloren, wie das absolute.

---

[1]) Daher haben jedoch die Verfasser des Landrechts in den §§ 122, 96—108 I. 7 A.L.R. angenommen, daß auch der Besitz nicht verloren gehe.

Der Unterſchied beider Rechte beſteht nur noch darin, daß das erſtere verloren geht, ſobald der abſolut Berechtigte den Beſitz erlangt, bei dem zweiten eine derartige Weiſe des Verluſtes nicht denkbar iſt. Das allgemeine Prinzip finden wir bereits angedeutet in der l. 11 C. de poss., nach welcher alle Beſitzfehler ſich vererben ſollen, auch in der l. 8 C. de agro deserto 11. 58, nach welcher das Recht des Beſitzes ebenſo wie das Eigenthum erſt durch eine zweijährige Benutzung ſeitens eines Dritten aufgehoben werden ſoll:

nam si biennii fuerit tempus emersum, omni possessionis[2])
et dominii carebit jure, qui siluit.

Es iſt ganz undenkbar, daß in allen dieſen Geſetzen wirklicher Beſitz, die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrſchaft, gemeint iſt.

C. Wie der Beſitz erſt das unzerſtörbare Recht an der Sache erzeugt, ſo könnte man das unzerſtörbare Recht mit dem Beſitze auch untergehen laſſen, ſo zwar, daß ſich daſſelbe mit dem Beſitzverluſte in ein zerſtörbares Rückforderungsrecht verwandelt. Man würde ſich dann ganz auf den Standpunkt des modernen Handelsrechts ſtellen, wonach der dem Rechte entgegentretende Beſitz unter Umſtänden ein Verfügungsrecht erzeugt, durch deſſen Ausübung das Rückforderungsrecht des Nichtbeſitzers gebrochen wird. Dann würde es der Regel nach überhaupt nur zerſtörbare Rückforderungsrechte geben[3])

Man kann aber auch die Rückforderungsrechte in der Regel als unzerſtörbare und nur dann als zerſtörbare konſtruiren, wenn der Berechtigte den Beſitz ohne den Willen, Eigenthum zu übertragen, verloren hat. Dann würde man auf dem Standpunkte des Savigny'ſchen Konſensprinzipes ſtehen.

Endlich aber iſt es denkbar, daß jedes Rückforderungsrecht ex quacunque injusta causa als unzerſtörbares Recht angeſehen wird, und dies iſt vielleicht der Standpunkt des römiſchen Rechts, da ganz ausdrücklich angeordnet iſt, daß ſich die Erwerbsfehler vererben, l. 20 pr. de A.R.D. Wir ſtehen daher vor einer im hohen Grade bemerkenswerthen Rechtsentwickelung. Während das römiſche Recht das unzerſtörbare Recht erſt mit dem Beſitz

---

[2]) Randa bemerkt S. 449 Note 15. a zu dem Worte possessionis: „Ungenau — da possessio ſchon mit der Beſitznahme verloren geht.“ In der That bedeutet aber possessio das relative Rückforderungsrecht des Nichteigenthümers.

[3]) Hierdurch würde auch die Wirkung des constitutum possessorium inſofern paralyſiert, als es unzerſtörbare Rechte erzeugen ſoll. Der Erwerber läßt doch immer die Sache im Beſitze des Veräußerers und muß daher auch ſeine Verfügungen anerkennen. Unrichtig wäre es u. E. auch hier, wenn man deshalb das Recht des Erwerbers als obligatoriſches Recht konſtruiren wollte.

entstehen läßt, wird diese Regel im germanischen Rechte durch Ausnahmen durchbrochen, während das römische Recht an den Verlust des Besitzes noch nicht den Verlust des unzerstörbaren Rechtes knüpft, erscheint im germanischen Rechte das Rückforderungsrecht immer mehr als ein zerstörbares Recht.

Unzerstörbar ist im modernen Rechte das Rückforderungsrecht des Eingetragenen, denn besser als durch die Eintragung kann dieser sein Recht nicht sichern. Die Eintragung verleiht und entzieht dem Rechte den Charakter der Unzerstörbarkeit, es ist aber eine durchaus zu bekämpfende Auffassung, daß durch die Eintragung das Recht selbst erst entstände.

Im hohen Grade verwirrend ist es ferner, in dem Charakter der Unzerstörbarkeit eines Rechts seine possessorische Natur zu suchen. Absolute und relative Rückforderungsrechte können in gleicher Weise unzerstörbar und zerstörbar konstruirt werden. Es ist nur richtig, daß das relative Rückforderungsrecht, so lange es in den Fesseln des Interdikts und der obligatorischen Klage lag, ein zerstörbares Rückforderungsrecht war, und läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß hieraus die Verwechselung beider Begriffe geflossen ist. Endlich liegt keine Veranlassung vor, die zerstörbar werdenden Rückforderungsrechte in jeder Beziehung die Schicksale der Obligation theilen zu lassen und sie in den Konkurs des Besitzers hineinzuziehen.

D. Mit der Theorie vom Besitzverluste ist die Lehre von der Interruption der Usukapion oder Präskription nicht zu verwechseln. Durch diese wird der Besitz nur in zwei Hälften zerbrochen, so daß die eine der anderen nicht zugerechnet werden darf, und ist es sehr wohl denkbar, daß dabei der Besitz erhalten bleibt. Besitzverlust infolge Erwerbs eines Dritten[4]) ist zwar nach römischer Vorstellung Interruption der Usukapion, aber nicht jede Interruption ist Besitzverlust.

Die Interruption ist weder dadurch bedingt, daß der Usukapirende den Besitz verliert, noch dadurch, daß der Interrumpent ihn ergreift. Dem Prinzipe nach braucht sie sich nur darzustellen als Ausübung des verjährenden Rückforderungsrechtes, und hierzu kann man selbst Protestationen, die den Besitzverlust nie herbeiführen, für geeignet halten[5]) [6]).

---

[4]) Ob auch der Besitzverlust ohne Erwerb eines Dritten die Interruption der Usukapion bewirke, ist sehr zweifelhaft. Man hat es wohl zunächst angenommen, da man für die Usukapion eine possessio continua forderte. Als jus singulare hat man jedoch fast in allen Fällen die Fortdauer der Usukapion angeordnet, und so den ursprünglichen Rechtssatz fast vernichtet.

[5]) Daß der Gesetzgeber das Gegentheil anordnen kann, versteht sich von selbst.

[6]) Es ist ferner daran zu erinnern, daß Interruption des Usukapions- und Prä-

Für die Interruption der Usukapion ist es unerheblich, ob der Besitzer die Okkupation erfährt oder nicht. Gaius, welcher in der l. 5 D. de usurp.[7]) die Interruption allein behandelt, erwähnt die Nothwendigkeit der Kenntniß mit keinem Worte, Afrikan erklärt in der l. 40 § 1 de poss. ganz ausdrücklich die bloße Okkupation für genügend. Der Besitz ist aber mit der bloßen Okkupation noch nicht aufgehoben:

> sed haec (nämlich, daß der Besitz zurückbehalten und kontinuirt wird) ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit.

Auch der Erwerb des bloß relativen Besitzes interrumpirt die Usukapion. Es wäre ja auch sonderbar, daß, wenn der Eigenthümer den Besitz okkupirt und nunmehr die Usukapionszeit vor der Kenntniß des Besitzers von der Okkupation abläuft, die Usukapion zu Gunsten des Eigenthümers, der ja immerhin sein Eigenthum thatsächlich zur Geltung gebracht hat, nicht unterbrochen sein sollte.

Endlich ist es für die Interruption der Usukapion unerheblich, ob der okkupirende Eigenthümer im Momente der Okkupation wieder dejizirt wird oder nicht. Besitz mag im ersteren Falle nicht verloren sein, daß er aber interrumpirt sei, läßt sich nicht leugnen. Oder will man etwa auch den Eigenthümer seines Eigenthums berauben, der es in der kritischen Zeit ausgeübt hat?

Die Usurpation hindernde Fehler der Besitzergreifung werden überhaupt nicht anerkannt.

Aber selbst der römische Satz, daß Besitzverlust Interruption der Usukapion sei, ist in seinen Wirkungen paralysirt. Wenn der frühere Besitzer den Besitz zurücknimmt oder durch den Richter zurückempfängt, wird ihm die accessio gegeben, der er nur entbehrt, so lange er nicht besitzt, l. 13 § 9, § 12 de poss. Wenn man aber die römische Akzessionslehre aufhebt, läßt es sich überhaupt als Prinzip aufstellen, daß die Usukapion nur aufhört mit dem relativen Recht.[8]) So lange dem früheren Besitzer ein relatives Rückforderungsrecht zusteht, läßt sich dieses zum absoluten steigern. Die Usukapion wird dadurch freilich auch zu

---

striptionsbesitzes durch Anerkenntniß des Rückforderungsrechts und durch Anstellung der Klage wenigstens nach neuerem Rechte herbeigeführt werden kann.

[7]) Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi, dejicitur, vel alicui res eripitur.

[8]) Der Anfang dieser Entwickelung findet sich bereits ebenfalls im römischen Rechte. Auch wenn der Vertreter die Sache verläßt und ein Dritter sie ergreift, soll dies dem Vertretenen unschädlich sein, l. 12 C. de poss.

einem Rechtsvortheil der Nichtbeſitzer, und nur dadurch unterbrochen, daß der Berechtigte den Beſitz zurückerlangt.[9])

Mit der Lehre vom Beſitzverluſte iſt aber am wenigſten die Frage zu verwechſeln, wann die Verjährung des Rückforderungsrechts beginnt. Denn mögen wir auch den Beſitz verloren haben, ſo kann unſer Recht doch erſt in dem Momente verjähren, wo uns ein fremdes werdendes Recht entgegentritt. Auch hier iſt es vollſtändig unerheblich, wann wir die Okkupation des Dritten erfahren, alſo ob der Okkupant auch uns gegenüber als Beſitzer angeſehen wird oder nicht, l. 12 § 2 C. de praesc. 7, 33:

nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.[10])

Schon dieſer kurze Ueberblick wird zur Genüge zeigen, wie verderblich es iſt, die Lehren vom Verluſte des Beſitzes, des Interdikten-

---

[9]) Dieſe Entwickelung richtet ſich alſo direkt gegen den Satz des Gaius:

quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, nec ne.

[10]) Die Kenntniß von der Okkupation iſt alſo entſcheidend für den Beſitzverluſt, gleichgültig für die Frage nach dem Verluſte des Uſukapionsbeſitzes, des unverjährbaren Rechts.

Savigny, der Beſitz und Interdiktenrecht und werdendes Recht identiſch ſetzt, mußte daher die römiſche Lehre vom Verluſte des Beſitzes für die größte Anomalie erachten.

In auffallender Weiſe geht die Lehre vom Verluſte des Beſitzes und der ſog. poſſeſſoriſchen Rechte auseinander, wenn es ſich um einen Sklaven handelt:

a. das vermuthete Recht an einem in faktiſcher Sklaverei geweſenen Menſchen geht nur dann verloren, wenn er einige Zeit sine dolo malo ſich als Freier gerirt hat, l. 7 § 5 de liber. caus., l. 12 § 3 eodem, l. 3 § 10 de poss.;

b. Das unmittelbare Recht phyſiſcher Einwirkung und das vorläufige Recht wird zu Gunſten der Freiheit ſuspendirt, ſobald der angebliche Sklave ſich dem liberale judicium unterwarf, indem die Vindizien zu Gunſten der Freiheit ertheilt wurden, — l. 24 D. de liber. caus., l. 25 § 2 eodem, l. 14 C. de liber. caus. 7. 16, l. 15 § 1 D. de usurp.

Dagegen war der Herr nicht verhindert, auch den flüchtigen Sklaven einzufangen und auf ihn einzuwirken, denn die Flucht iſt überhaupt kein Modus, wie man das Recht am Sklaven verliert, l. 13 pr. D., l. 15 D. de poss.

c. Das relative Recht am Sklaven verlor man durch ſeine Handlungsweiſe niemals, er konnte ſich am allerwenigſten die causa ſeines Beſitzes ſelbſt ändern, l. 13 pr., l. 15 l. c. Er durfte daher zwar einwenden, daß er ſelbſt frei ſei (das eigene Recht), nicht aber, daß nicht dem früheren Beſitzer, ſondern einem Dritten das Eigenthum an ihm zuſtehe.

d. Der Uſukapionsbeſitz ſcheint gemäß der l. 15 § 1 de usurp. durch Uebernahme der liberale judicium unterbrochen zu ſein.

rechts, des definitiven aber relativen Rechts, des unzerstörbaren Rechts, des werdenden und unverjährbaren Rechts durcheinander zu rühren. Mag der Anstoß dazu schon in den Kaiserkonstitutionen gegeben sein, als Aufgabe einer logischen Rechtswissenschaft wird man es erachten müssen, die einzelnen Rechtsinstitute wieder auseinander zu reißen.

§ 16. Subjekte des Besitzes.

A. Fähigkeit zu besitzen.

Randa lehrt mit der herrschenden Theorie,

„daß Personen, denen durch das Gesetz die Vermögensfähigkeit überhaupt oder die Fähigkeit zum rechtlichen Haben oder die Fähigkeit zum rechtlichen Haben gewisser Sachen entzogen ist, auch unfähig sind, Besitz überhaupt oder an gewissen Sachen zu haben." (S. 295.)

Aehnlich heißt es bei Savigny S. 126:

„so sind auch die Menschen des Besitzes unfähig, welche kein Eigenthum haben können."

S. 127:

„Sklaven sind ebenso des juristischen Besitzes unfähig, und das ist sehr natürlich, da sie überhaupt keine Rechte haben."

Die civile Vermögens- und Handlungsfähigkeit soll sich mit der naturalen Besitzfähigkeit decken, die von Savigny selbst (§ 5) aufgestellte Regel, daß die Existenz des Besitzes von allen den Regeln unabhängig sei, welche das Civilrecht oder auch das jus gentium über den Erwerb und Verlust von Rechten aufgestellt haben, wird hier ohne jeglichen Grund plötzlich aufgeopfert.

Mit Recht ruft Ihering S. 146 aus:

„Was hat denn die Vermögensfähigkeit mit dem Savigny'schen Besitzbegriffe zu schaffen?"

Wenn er nun aber aus dem Vordersatze, daß der Sklave, der Hausssohn u. s. w. nicht besitzen können, weil und insofern sie nichts Eigenes haben können, schließt, daß der Besitz eine Eigenthumsposition sei, daß Eigenthum und Besitz parallel laufen[1]), so übersieht er, daß der von Savigny entlehnte Vordersatz eben unrichtig ist und nicht einmal der Savigny'schen Theorie entspricht.

Die herrschende Theorie verwechselt die Fähigkeit zum vollkommenen und unvollkommenen Recht, Eigenthumsfähigkeit und Besitzfähigkeit.

[1]) So sagt Randa S. 260 Nr. 1: „Besitz und Recht gehen hier parallel."

Die civile Vermögens- und Handlungsfähigkeit ist mit der naturalen Besitzfähigkeit nicht identisch. Die erstere ist ein rechtliches Moment, das beim Besitzerwerbe, der auf corpus und animus beruht, nicht ins Gewicht fällt. Paulus, welcher in der l. 1 § 3 D. de poss. die Fähigkeit des Pupillen, Besitz zu erwerben, im direkten Gegensatze zu seiner civilen Handlungsfähigkeit behandelt, sagt dies mit ausdrücklichen Worten:

> Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti, non juris esse.
>
> § 4: quoniam res facti infirmari jure civili non potest.[2])

Zutreffend sind auch die Worte des Ulpian l. 2 § 3 si servit. vind. 8. 5:

> alibi enim de jure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto quaeritur.

Demjenigen, welchem das Civilrecht das definitive und absolute Recht zu behalten abspricht, sind darum noch nicht die unvollkommenen Rechte, das Recht gegen die Gewalt, gegen die Klage des vorläufigen Rechts, gegen die Unberechtigten zu behalten abzusprechen. Auch hier muß ja das definitive Recht, womöglich erst nach sehr schwierigen und langwierigen Untersuchungen, durch den Richter zum Austrage gebracht werden, und es würde zur absoluten Willkür führen, wenn jeder Beliebige den Besitzer mit der Behauptung straflos dejiziren könnte, daß er nicht vermögens- und handlungsfähig sei.

Es scheint daher nicht richtig, daß Montenegriner, Minoriten- und Kapuzinerorden, welche in Oesterreich Grundstücke faktisch besitzen, und die übrigen von Randa S. 298 als besitzunfähig bezeichneten Personen ohne Weiteres von jedem beliebigen Dritten dejizirt werden können, daß sie dem Interdikt eines Jeden zu weichen hätten, daß auch der Unberechtigte sie mit der Klage des definitiven Rechts vertreiben könnte. Vielmehr hat der Berechtigte gegen sie erst die Klage des definitiven Rechts zu richten, ihre etwa bestrittene Vermögensunfähigkeit ist erst durch den Richter festzustellen, so daß ihnen bis dahin Besitz in keiner Weise abzusprechen ist. Mit den Römern ist zu erwägen, daß das corpus und der animus des Erwerbsaktes zu ihren Gunsten spricht. Eine ganz andere Frage ist es freilich, ob sie usukapiren können; denn wer nach den Gesetzen ein definitives Recht nicht haben soll, kann es selbstverständlich auch nicht durch die Usukapion erlangen.

Die naturale Besitzfähigkeit wie die Erwerbsfähigkeit für den Besitz

---

[2]) conf. auch l. 1 § 15 si is qui in test. 47. 4:
possessio, quae facti est et animi.

bestimmt sich nach ganz besonderen Regeln. Die Bestimmungen des Civilrechts sind dafür einflußlos, indem es nur darauf ankommt, daß Jemand die thatsächlichen Momente des Erwerbes in seiner Person vereinigt und dieselben noch nicht in ihr Gegentheil umgeschlagen sind. Dadurch wird freilich nicht ausgeschlossen, daß ausnahmsweise bestimmten Personen aus besonderen Gründen die Besitzfähigkeit entzogen wird.

Der filius familias besitzt dem Hausvater gegenüber nicht, weil er in dessen Gewalt steht. Wie der Hausvater wenigstens in bestimmten Beziehungen über die Persönlichkeit des Sohnes disponiren kann, so steht es ihm auch frei, ohne Weiteres auf die von ihm natürlich besessenen Sachen einzuwirken:[3])

l. 49 § 2 de poss.:

qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere, possidere non possunt . . .

l. 24 eodem:

qui in tua potestate est, . . . tibi possessionem justam potest acquirere . . .[4])

Daher steht dem Hausſohne dem eigenmächtig auf die Peculiarsachen einwirkenden Hausvater gegenüber auch keinerlei Strafklage zu, l. 13 § 2 Quod vi aut clam:

idem ait, adversus filium familias in re peculiari neminem clam videri fecisse . . . . (conf. l. 93 de R. J. A.)

Der Sklave und der faktisch sich in der Sklaverei befindende Freie besitzt um deshalb nicht, weil er selbst besessen wird. Der rechtliche oder bloß faktische dominus wirkt auf die Person ebenso, wie auf die Sachen nach Willkür ein, l. 118 D. de R. J. A.:

qui in servitute est, usucapere non potest; nam quum possideatur, possidere non videtur.

Trotzdem unterliegt es gar keinem Zweifel, daß der faktisch in Sklaverei sich befindende Freie die civile Erwerbsfähigkeit hatte, und gerade dieser Gegensatz wird von den Römern mit anerkennungswerther Schärfe hervorgehoben, l. 54 § 4 D. de A. R. D.:

quidquid tamen liber homo, vel alienus, quive bona fide nobis

[3]) Soweit dem Hausſohne das Vermögen eigenthümlich zusteht, hat der Hausvater Besitz an der Sache als einer fremden. Er besitzt unter Anerkennung des Rückforderungsrechtes eines Dritten, aber doch mit dem Willen, jede physische Einwirkung und selbst die dieses Dritten abzuwehren. Den animus domini freilich hat er trotz des vollständigen Besitzes nicht.

[4]) conf. auch l. 23 § 2 D. de poss.:

neque enim natura rerum recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

servit, non acquirit nobis, id vel sibi liber, vel alienus servus domino suo acquirit; excepto eo, quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intelligitur, qui ipse possideretur.

Auch der kriegsgefangene Römer besaß lediglich aus dem Grunde nicht, weil er selbst besessen wurde, l. 23 § 1 de poss., und mochten ihm auch alle definitiven Rechte aus der Fiktion des Postliminiums restituirt werden, mit dem Besitze war dies nicht der Fall, l. 15 pr. de usurp. et usuc.

Hinsichtlich derjenigen Personen, welche sich in der manus oder dem mancipium eines Römers befanden, war es sicher, daß sie ihm das Eigenthum erwarben, ob auch den Besitz wurde lediglich aus dem Grunde bezweifelt, weil sie selbst nicht besessen wurden. Gaius II. § 90. Die beschenkte Ehefrau hatte dem Ehemanne gegenüber keinen Besitz, d. h. er konnte ohne Weiteres das geschenkte Grundstück zurücknehmen, l. 46 de don. 24. 1, nur war positiv vorgeschrieben, daß er sich hierzu nicht der vis atrox, der Dejektion bedienen sollte, l. 1 § 10 de vi.

Aus allen diesen Fällen wird zur Genüge hervorgehen, daß die naturale Besitzfähigkeit mit der civilen Handlungsfähigkeit nicht verwechselt werden darf. Auch ist zu beachten, daß zwar der filius familias und der servus überhaupt besitzunfähig sind, indem alle Besitzvortheile dem Herrn gebühren, daß aber der beschenkten Ehefrau relativer Besitz nicht abzusprechen ist, indem sie gegen jeden Dritten das durch Pönalklagen geschützte Recht eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr hat, gegen Dritte mit Erfolg interdictum unde vi und uti possidetis anstellt und gegen Dritte auch usukapirt. (conf. l. 1 § 4 de poss., l. 1 § 2, l. 3 de donato 41. 7, l. 25. 46 de donat. 24. 1.)

Auch der moderne Gesetzgeber wird nicht umhin können, das römische Vorbild nachzuahmen. Dem Hausvater, dem Ehemann wird man das Recht eigenmächtiger Einwirkung auf bestimmte Sachen des Kindes, der Ehefrau u. s. w. geben müssen[5]), selbst wenn sie ihm eigenthümlich nicht gehören. Bestimmten Personen wird man nur die relative Besitzfähigkeit zu entziehen haben, indem man es nur bestimmten Personen oder

[5]) Nicht ganz richtig dürfte es sein, wenn es bei Förster S. 69 Note 39 heißt: „Der Ehemann hat aus seinem Nießbrauchsrechte unvollständigen Besitz am Grundstück der Frau, die letztere setzt ihren vollständigen Besitz fort." Die Ehefrau hat in der That gar keinen Besitz, indem sie der Ehemann abwehren und sie ohne seinen Willen auf die Sachen nicht einwirken darf. Der Ehemann ist Besitzer der Sachen als Nichteigenthümer. Daher kommt es denn freilich, daß die Ehefrau die Usukapion fortsetzt, l. 13, l. 16 D. de usurp.

dem Staate erlaubt, ohne Weiteres auf die von ihnen besessenen Sachen einzuwirken oder sie sogar zu dejiziren. Man kann es unmöglich der ganzen Welt gestatten, sich fremden Besitz anzueignen. Ferner folgt aus der Bestimmung, daß Jemand vermögensunfähig sein soll, noch durchaus nicht, daß er nun beliebig dejizirt werden könnte, vielmehr muß die dahin gerichtete Absicht des Gesetzgebers besonders nachgewiesen werden.

Die herrschende Theorie stellt ferner das Axiom auf,

daß Personen, die überhaupt nicht willensfähig sind, auch keinen Besitz haben können. [6])

Randa S. 260.

Es läßt sich kaum verkennen, daß hierdurch die herrschende Theorie mit sich selbst in einen bedenklichen Konflikt geräth. Einmal soll die Vermögensfähigkeit, das andere Mal die Willensfähigkeit das Kriterium der Besitzfähigkeit sein. Die civile Vermögensfähigkeit ist aber begrifflich etwas ganz anderes als die thatsächliche Willensfähigkeit. Ich kann thatsächlich wollen, und doch spricht mir das Gesetz die Fähigkeit, definitive Rechte zu erwerben, ab; ich brauche nicht zu wollen und dennoch kann ich definitiv berechtigt sein. Was ist nun das entscheidende Kriterium; wird vielleicht die naturale Besitzfähigkeit durch beide Voraussetzungen bedingt? Die richtige Antwort ist: durch keine von beiden. Auch die Willensfähigkeit ist mit der Besitzfähigkeit nicht identisch. Der Wille ist überhaupt keine Bedingung des Besitzes, sondern, und zwar auch nur in der Regel[7]) des Erwerbes. Willensunfähige Personen

[6]) Vorsichtiger fragt Savigny S. 247:

„welche Personen können keinen Besitz erwerben, weil sie nicht wollen können?“ Er scheint also die Nothwendigkeit des Wollens auf den Erwerb zu beschränken, was andererseits freilich zu seiner Besitztheorie, nach welcher der Besitz selbst aus corpus und animus bestehen soll, nicht paßt.

Am schärfsten sind die Konsequenzen des Savigny'schen Gedankens bei Liebe ausgeprägt, der die Unmöglichkeit einer Berechtigung in thesi (des Besitzes) für ein willenloses Wesen klar findet und der den Besitz nicht dem Pupillen, sondern dem Vormunde, einem Stellvertreter, zuschreibt, ein Gedanke, der durchaus unrömisch sein dürfte. S. 51:

„Die Ergänzung liegt in der Erkenntniß, daß der Vormund in seiner Eigenschaft als Staatsorgan wirklich Besitzer, der Pupill bis zur erreichten Volljährigkeit nur Destinatär des Rechtes ist ...“

Was wird wohl aus dem Besitze des Pupillen, der keinen Vormund hat?

[7]) Der § 44 A.L.R. I. 7 bestimmt:

„Soweit also Jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, soweit kann er durch sich selbst keinen Besitz erlangen.“

In den Worten „durch sich selbst“ könnte man, ähnlich wie in der l. 32 § 2 D. de poss., das Anerkenntniß finden, daß es einen Besitzerwerb willenloser Personen wohl giebt, nur nicht einen solchen, der sich durch ihren Willen vollzieht.

sind so wenig besitzunfähig, daß sie den Willen, den Besitz aufzugeben, rechtlich gar nicht fassen können und trotz ihres entgegenstehenden faktischen Willens Besitzer bleiben,

l. 27 D. de poss.:

quia furiosus non potest desinere animo possidere.

l. 11 D. de A. R. D.:

alienare vero pupillus nullam rem potest ... et nequidem possessionem, quae est naturalis.

Die Behauptung der herrschenden Theorie, daß juristische Personen nicht besitzen können, ist uns immer als eine der merkwürdigsten erschienen. Soll es denn wirklich erlaubt sein, sich der Sachen einer juristischen Person ohne Richter und Recht zu bemächtigen, ihre Vertreter ohne Weiteres zu dejiziren, ihre Sachen zu besitzen, wenn sie zufällig keinen Vertreter haben? Für sich selbst besitzen die Vertreter gewiß nicht, und so ist doch wohl klar, daß gerade der Besitz der juristischen Person zusteht. Paulus sagt in der l. 1 § 22 de poss. nur, daß Mitglieder der Stadtgemeinde durch sich selbst nichts in Besitz nehmen können, weil ihre Gesammtheit nicht zu einem gemeinschaftlichen Entschlusse kommen könne; daran aber, daß sie den einmal durch Stellvertreter erworbenen Besitz nicht fortsetzen sollten, selbst wenn sie zur Zeit einmal keine Vertreter haben, ist nicht zu denken. Auch vom Pupillen und Wahnsinnigen behauptet Paulus ohne jede Beschränkung, daß sie besitzen, l. 14 § 1 de poss:

quo pupillus vel furiosus possedit,

und dies gilt ganz unbedenklich auch für die Zeit, wo sie keine Vormünder oder Kuratoren haben.[8])

B. Fähigkeit, Besitz zu erwerben.

Besitzfähigkeit und die Fähigkeit, den Besitz zu erwerben, sind verschieden. Der Besitz wird durch das corpus und den animus des Erwerbsaktes für das vollkommene Recht zu behalten erworben, seine Fortsetzung ist aber durch die Verbindung der Momente in keiner Weise bedingt.

Ganz folgerichtig nach der von uns aufgestellten Regel erwerben auch willenslose Personen durch ein Naturereigniß den Besitz, wenn sich Land an ihr Grundstück ansetzt, die Früchte auf demselben separirt werden, ihre Hausthiere Junge gebären u. s. w., weil ein begleitender Wille zum Besitzerwerbe überhaupt nicht nothwendig ist. Ihr Vormund oder Vertreter vermag den Erwerb des Besitzes nur abzulehnen. Daß ein Besitz-

[8]) Conf. l. § 3 de usurp.:
furiosus, quod ante furorem possidere coepit, usucapit.

erwerb einer willenslosen Person ohne Vormund möglich, wenn auch nicht der regelmäßige Fall sei, erkennen auch die Römer an, l. 1 § 11 D. de poss.:

maxime tutore auctore.

Soweit Wille zum Besitzerwerbe nothwendig ist, muß derselbe durch den Vormund ergänzt werden, da das Kind oder der noch nicht willensfähige Pupill sonst keinen Willen hat. l. 32 § 2 de poss.:

infans possidere recte potest, si tutore auctore[9]) coepit; nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est; nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

Daß beim infans gegen alle sonstige Regeln die Interposition der auctoritas genügen solle, und daß in der l. 32 § 2 de poss. diese Erwerbsart durch die Analogie des Erwerbs durch den Vormund gerechtfertigt werde, erscheint als eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung Savigny's.[10]) Von einem Kinde, das thatsächlich keine Handlung vornehmen oder sprechen kann, läßt sich auch nicht rechtlich annehmen, daß es dies dennoch könne (l. 5 de reg. jur. § 10 J. de inutil. stipul.). Der Vormund kann sich des Kindes nur als Werkzeug bedienen.

Daher können willensunfähige Personen nicht den Besitz eines Grundstücks apprehendiren, d. h. den Besitz desselben nicht durch Okkupation oder infolge von Tradition erwerben, denn eine Apprehension ohne begleitenden Willen ist ein Ungedanke. Wenn ein Wahnsinniger oder ein Kind ohne Verstand über ein Ackerstück läuft[11]), so kann man darin unmöglich den ersten Akt des Rechts zu behalten erblicken. Nur der Pupill kann Besitz apprehendiren, soweit er willensfähig ist[12]), l. 1 § 3 de poss.:

---

[9]) Die Annahme, daß hierunter (tutore auctore) nicht der Besitzerwerb des Kindes durch den Vormund überhaupt, sondern der Erwerb durch interpositio der auctoritas im Gegensatze zum Erwerbe durch den Vormund allein gemeint sei, erscheint willkürlich. Es soll ja gerade möglichst allgemein bestimmt werden, wie das Kind Besitz erwirbt. Die Lesart Savigny's: „nullus consensus infantis est accipienti (sc. tutori) possessionem" beruht, wie er selbst S. 251 Note 2 bekennt, nur auf einer Münchner Handschrift und hat die Auktorität der Florentina gegen sich. Auch in der l. 1 § 3 de poss. werden Erwerb durch den furiosus und pupillus einerseits und durch den Vormund andrerseits entgegengesetzt.

[10]) Die beiden Erwerbsarten können auch nicht durch einander erklärt werden, da sonst ihre Gleichstellung im ganzen Rechtsgebiete hätte erfolgen müssen.

[11]) Die Annahme, daß auch einem infans der zur Apprehension nothwendige animus unter Umständen zugeschrieben werden könne, beruht wohl nur auf einer unrichtigen Interpretation der l. 3 C. de poss. (conf. Meischeider S. 210).

[12]) Man streitet darüber, ob nicht der Pupill als solcher, d. h. ohne die Beschränkung si ejus aetatis sit, ut intellectum capiat, fähig sei, zu apprehendiren

Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt; eam enim rem facti, non juris esse; quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.

Wenn ein Wahnsinniger, ein Kind, ein willensunfähiger Pupill eine Mobilie in seine custodia bringt, so ist nichts geschehen, erst der Wille des Vormundes vermittelt den Besitzerwerb. Wenn dagegen der Verkäufer die verkaufte Sache in das Haus oder den faktischen Herrschaftskreis eines Wahnsinnigen, eines Kindes oder eines Pupillen schafft, wird der willenlosen Person nach Analogie der l. 18 § 2 de poss. der Besitz erworben sein, vorausgesetzt, daß der Vormund oder der willensfähige Pupill den Besitzerwerb akzeptirt, oder der Verkäufer in ihrem Auftrage handelt. Lehnen sie den Besitzerwerb aber ab, so wird man wieder auf Grund der l. 34 pr. D. de poss. anzunehmen haben, daß dem Verkäufer der Besitz erhalten bleibt, da die custodia zu seinen Gunsten fortgesetzt wird und der Erwerber seinen Willen zurückzieht oder den Besitzerwerb nicht akzeptirt.

Ein vollgiltiges Konstitut kann nur mit dem Vormunde oder dem willensfähigen Pupillen geschlossen werden. Dagegen steht es freilich jedem frei, zu erklären, daß er nur für eine willensunfähige Person besitzen wolle. Aber diese einseitige Erklärung entbehrt auch hier der rechtsverbindlichen Kraft und kann jederzeit zurückgenommen werden (conf. l. 20 § 1 de precario).

Diese Resultate entsprechen aber nicht bloß den Bedürfnissen des Lebens, sondern stehen auch mit den von den Römern entwickelten Prinzipien im vollsten Einklange. Wo *begleitender* Wille zum Erwerbe nothwendig ist, vermag eine willenslose Person den Besitz nicht zu erwerben; wo nur der hinzutretende Wille *Bedingung* des Erwerbes ist, wird der Besitz unter der Bedingung erworben, daß der Wille des

---

(*Rudorff* Nr. 25). Da aber auch nicht einmal ein Großjähriger ohne Willen apprehendiren kann, erscheint die Kontroverse als eine müßige.

Auf Grund des § 44 A.L.R. I. 7 wird ferner darüber gezweifelt, ob die bloß physische oder die juristische Unfähigkeit zur Willenserklärung gemeint sei.

Aber der bloße Besitzerwerb ist stets etwas Vortheilhaftes und daher muß er schon nach § 21 A.L.R. I. 4 eintreten, woraus sich ergiebt, daß das A.L.R. nichts Abweichendes vom römischen Rechte bestimmt hat. Eine andere Frage ist es, wie weit ein Pupill durch den Besitzerwerb Pflichten übernimmt.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich auch aus l. 22 § 1 D. de precario, wonach der Pupill den natürlichen Besitz precario erwirbt, und die auctoritas des Vormundes ihn erst zum civilen Besitz steigern, d. h. bewirken soll, daß auch das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft Gültigkeit für den Pupillen erlangt.

Vormundes oder des willensfähigen Pupillen hinzutritt. Man könnte mit der l. 3 C. de poss. sagen, daß sich ein vorläufiger Besitzerwerb zu Gunsten der willenlosen Person durch das bloße corpus vollzieht, wenn nicht diese Ausdrucksweise doch geeignet wäre, falsche Vorstellungen zu erwecken. Willenlose Personen sind nicht überhaupt zum Besitzerwerbe unfähig, sondern vermögen nur den zum Besitzerwerbe nothwendigen Willen nicht zu fassen, der, soweit er nothwendig ist, stets durch den Vormund ergänzt werden muß, l. 32 § 2 de poss.

Bei Schenkungen galt nach älterem römischen Recht die Besonderheit, daß sie ohne vorhergehende Stipulation nur durch die Tradition Rechtsgiltigkeit erlangten. Der infans sollte durch diesen Rechtssatz nicht geschädigt werden.

Wenn daher Jemand in Folge eines Schenkungsversprechens zu Gunsten eines infans faktisch den Traditionsakt mit Bezug auf ein Grundstück vornimmt, wenn von dem Geschenkgeber die geschenkte Sache in die Gewehre, den faktischen Herrschaftskreis des infans, geschafft wird, so tritt vorläufiger Besitzerwerb ein und die Schenkung gilt als eine durch Tradition vollzogene, so daß der Geschenkgeber in keinem Falle seinen Willen zurücknehmen darf. Man kann hier von einem vorläufigen oder vielmehr bedingten Besitzerwerb des infans durch das bloße corpus sprechen, da es keinem Zweifel unterliegt, daß der Vertreter den Erwerb dennoch ablehnen, genehmigen und nicht genehmigen kann.

Diese Grundsätze werden in vollständig zutreffender Weise in der l. 3 C. de poss. entwickelt:

> donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore[13]) quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

Der Kaiser erklärt: Sobald ein Geschenkgeber das corpus des Besitzerwerbes zu Gunsten eines infans vornimmt, so ist diesem der Besitz vorläufig erworben. Nimmt man einen derartigen vorläufigen Besitzerwerb nicht an, so wird der Besitzerwerb auch nicht durch die hinzukommende Genehmigung des Vormundes vermittelt werden können. Der

[13]) Fraglich ist, ob ein dem infans gegenüber erklärtes Konstitut genügt. Wir bezweifeln es, weil der Kaiser einen korporalen Besitzverlust (corpore) voraussetzt, und es sich um ein Spezialgesetz handelt.

Geschenkgeber würde an seine formlose nicht akzeptirte [14]) Erklärung nicht gebunden sein und so würde dem infans die Schenkung überhaupt entgehen. [15])

C. Fähigkeit Besitz zu verlieren.

Besitz können Kinder gar nicht verlieren, soweit es dabei auf den Willen ankommt. Es ergiebt sich daraus, daß sie durch ein Naturereigniß den Besitz wie jeder Andere einbüßen, wenn ihr Land durch das Meer überspült, ihre Sache spezifizirt wird, das ihnen gehörige gezähmte Thier die Gewohnheit ablegt, zu gehen oder zurückzukehren. Wenn sie aber ein Grundstück selbst mit dem faktischen Willen verlassen, den Besitz überhaupt oder zu Gunsten eines Dritten aufzugeben, so wird Besitzverlust dennoch nicht herbeigeführt. Der Vormund ist nicht verhindert, ohne Weiteres auf das Grundstück einzuwirken und den Okkupanten im Momente der Okkupation wieder zu dejiziren. Der animus

---

[14]) Daß auch sonst die Nothwendigkeit der Akzeptation zu Gunsten des infans restringirt wird, ergiebt die l. 26 C. de donationibus 8. 54.

[15]) Savigny setzt im Falle der l. 3 C. de poss. voraus, daß die auctoritas des Tutors interponirt sei, und versteht den Kaiser dahin: Besitzerwerb durch Interposition der auctoritas müsse gestattet sein, weil Besitzerwerb durch den Tutor allein gestattet sei. Aehnlich v. Liebe S. 52. Diese Interpretation halten wir für nicht zutreffend:

a) weil die interpositio der auctoritas nicht erwähnt wird, trotzdem sie die Hauptsache wäre,
b) weil der Besitzerwerb corpore eintreten soll (corpore quaeritur), ein Besitzerwerb unter Auktoritas des Vormunds sich aber nicht durch das bloße corpus vollzieht;
c) weil der Besitzerwerb nur vorläufig (interim), also bis zur Ergänzung des animus durch den Vormund eintreten soll. Die Auffassung Savigny's, daß der vom Kaiser aufgestellte Grundsatz nur bis zur Pubertät gelten solle, ist zwar richtig, erklärt das Wort „interim" aber nicht, welches sich auf das Wort „quaesitam" bezieht;
d) weil der Kaiser voraussetzt, daß eine Erklärung des vollen Besitzwillens nicht möglich sei. Die auctoritas des Vormundes würde aber den Besitzwillen voll ergänzen, l. 32 § 2 de poss.
e) weil es ganz unmöglich ist, den Erwerb durch die Interposition der auctoritas mit dem Erwerbe durch den Vormund allein zu rechtfertigen.

Noch weniger richtig erscheint es, wenn Ihering S. 157 Note 159. d, und Meischeider S. 210 die Stelle auf solche Sachen beziehen, hinsichtlich deren auch das Kind wollen könne, Spielzeug, Konfekt, Geld. Dann würde der Kaiser die gerade wesentliche Beschränkung des Gesetzes fortgelassen haben, würde zu Unrecht von dem Erwerbe durch das bloße corpus, von dem Fehlen des nothwendigen animus und nur von einem vorläufigen Besitzerwerbe des Kindes sprechen. Am sonderbarsten freilich wäre es, daß der Erwerb durch das Kind selbst durch den Erwerb seitens des Tutors gerechtfertigt werden sollte.

ist allein aus der Person des Vormundes zu beurtheilen, seine Kenntniß von der Okkupation, nicht der Umstand ist entscheidend, daß der infans oder pupillus die Okkupation erfahren und nicht gewagt hat, den Versuch der Rückkehr zu machen.

Wenn ein Willensunfähiger die custodia verliert, so ist damit der Besitz an sich noch nicht aufgehoben, wenn nun aber auch der Vormund nicht weiß, wo sich die Sache befindet, so bedarf es, wie wir oben ausgeführt haben, nicht eines weiteren Willens des Verlierenden zum Besitzverluste. Auf diese Weise müssen daher auch willensunfähige Personen in der reinsten Konsequenz der von uns entwickelten Besitztheorie den Besitz verlieren.

Willensunfähige Personen verlieren den Besitz ferner dadurch, daß ein Dritter ihn erwirbt. Soweit dazu Willen überhaupt erfordert wird, ist auf den Willen des Vormundes zu sehen, d. h. beim Besitzverluste von Grundstücken, während zum Besitzverluste einer Mobilie es des animus des Verlierenden nicht bedarf.

Tradiren willensunfähige Personen den Besitz, so ist die Tradition ein „nihil actum" (l. 11 D. de A. R. D.), der Erwerb des Gegners, soweit er aus sonstigen Regeln folgt, ist kein Erwerb auf Grund der Tradition, sondern ein originärer Besitzerwerb.

Durch Konstitutum kann ein Willensunfähiger den Besitz endgiltig nicht verlieren, d. h. durch seinen bloßen Willen wird er nicht verpflichtet, für einen Dritten zu besitzen, der Vormund vermag den faktisch erklärten Willen immer noch zurückzuziehen. Der Pupill vermag nur ein nicht bindendes Konstitut zu erklären.

Ganz richtig sagt also nach den obigen Ausführungen auf der einen Seite Prokulus in der l. 27 de poss.:

furiosus non potest desinere animo possidere,[16])

weil er den Willen, den Besitz aufzugeben, nicht fassen kann, und also für ihn gerade in den Fällen der Besitz bestehen bleiben muß, wo er wegen des mangelnden Verlustwillens zurückbehalten wird. Ebenso richtig aber ist es, wenn Ulpian in der gleich darauf folgenden l. 29 lehrt:

possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse

---

[16]) Nach der herrschenden Theorie enthält der Ausspruch des Prokulus: ein Willensunfähiger kann nicht aufhören, durch den Willen (animo) zu besitzen,
einen ganz offenbaren Widerspruch.
Dem römischen Rechte entsprechender ist der § 118 A.L.R. I. 7:
„Nur der, welcher über eine Sache frei zu verfügen berechtigt ist, kann sich des Besitzes derselben entschlagen."

constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti, potest amittere.[17])

Es bezieht sich dieser Ausspruch eben auf die Fälle, wo es eines Willens zum Verluste nicht bedarf.

Die Interruption des Usukapionsbesitzes vollzieht sich, wie jede andere Interruption, ohne Kenntniß der besitzenden willenlosen Person bezw. ihres Vertreters von der Okkupation. Es mußte aber die Frage auftauchen, ob nicht Interruption bereits dann eintrete, wenn die besitzende Person willenlos wurde, d. h. wenn sich der Besitz, den sie corpore et animo ausübte, in einen solchen verwandelte, der nur wegen Mangels des Besitzaufgabewillens zurückbehalten wurde. Zu Gunsten der willenlosen Person wird aber diese Frage ganz allgemein verneint, l. 44 § 6 D. de usurp. et usuc.:

eum, qui posteaquam usucapere coepit, in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, ex omni causa implere usucapionem.

Daraus, daß dieser Satz aus Nützlichkeitsrücksichten angenommen ist, folgt aber einmal noch nicht, daß er selbst ein singulärer sei, und zweitens am allerwenigsten, daß der Besitz willenloser Personen, die vielmehr in Folge der Rechtskonsequenz den Willen, den Besitz aufzugeben, gar nicht fassen können, eine Singularität[18]) enthalte. Kein römischer Jurist leugnet den Besitz des infans, des pupillus oder furiosus, oder glaubt, ihn als eine Abnormität des Rechts rechtfertigen zu müssen.

---

§ 17. Objekte des Sachenbesitzes.

Randa lehrt, daß Sachen, welche kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, auch kein Objekt des Besitzes sein können, daß der Besitz

---

[17]) Auch Ulpian erkennt übrigens die Richtigkeit des Ausspruches des Prokulus an: Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest.

[18]) So Randa S. 436 Nr. 5:

„Die Irregularität des Rechtssatzes, daß der Wahnsinn den erworbenen Besitz nicht aufhebt, ist ausdrücklich in l. 44 § 6 D. de usurp. 41. 3 anerkannt."

Conf. gegen Randa § 114 A.L.R. I. 7:

„Durch eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers wird in der Fortdauer des Besitzes nichts geändert."

nicht weiter reicht, als das Eigenthum. Savigny sagt S. 124 ganz direkt:

„Gegenstand des Besitzes kann alles das nicht sein, was nicht in commercio ist.“ [1])

Mit Recht rügt Ihering S. 145 ff. an dieser Lehre die augenscheinliche Inkonsequenz, mit Recht fragt er:

„Was verschlägt die Eigenthumsunfähigkeit der Person oder Sache für die Frage, ob die Rechtsordnung oder die Persönlichkeit durch einen Gewaltakt gestört, oder ob der Wille durch Aufhebung des faktischen Verhältnisses mißachtet worden ist?“

Savigny, dessen nicht hoch genug anzuerkennendes Verdienst es ist, uns von der Verwirrung zwischen civilem Rechte und dem Besitze befreit zu haben, hätte sich in der That hüten sollen, eine Lehre des Civilrechts gegen die von ihm selbst im § 5 aufgestellten Regeln ohne Weiteres auf den Besitz anzuwenden.

Was nun bei Savigny als eine bloße Inkonsequenz erscheint, wird von Ihering auf den Thron eines allgemeinen Prinzips erhoben und zu Gunsten seiner Besitztheorie ausgebeutet, in der die aller juristischen Konstruktion entbehrenden Ideen des Mittelalters wieder zu Ehren kommen.

„Wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz.“

Vielleicht hätte er sich noch prägnanter dahin ausgedrückt:

„Eigenthum ist Besitz.“

Es läßt sich aber nicht zugeben, daß der Satz: „An res extra commercium gibt es keinen Besitz und keinen Besitzesschutz“, eine logische Begründung für sich habe, oder, was dasselbe ist, daß er sich auf den Ausspruch irgend eines römischen Juristen zu stützen vermag.

Besitz ist das unvollkommene Recht zu behalten und die Behauptung ist unlogisch, daß wer das plus (das vollkommene Recht zu behalten) nicht zu haben vermöge, darum auch das minus (das unvollkommene Recht zu behalten) nicht haben kann. Für den Besitzerwerb werden von dem Erwerbsakte des vollkommenen Rechts zu behalten nur das corpus und der animus abstrahirt, sie müssen daher schon da angetroffen werden, wo wegen eines rechtlichen Moments das vollkommene Recht nicht erworben wird. Besitzerwerb ist, wie die Römer sagen, eine res facti und wird von den Grundsätzen des Civilrechtes, auch den über das commercium nicht berührt.

---

[1]) Savigny fügt allerdings hinzu: „und wovon wir dieses wissen“, in der modernen Literatur wird aber dieser Zusatz nicht mehr beachtet. In der That wäre auch damit der Satz wieder aufgehoben, daß das civile commercium für die Besitzfähigkeit der Sache entscheidend sei.

Die von Randa zitirten Stellen der Pandekten (l. 23 § 1 und 2 D. de poss., l. 15 D. de usurp., l. 19 D. ex quibus causis 4. 6) beweisen die Behauptung der herrschenden Schule keineswegs. Gerade auch der freie Römer ist ein Objekt des Besitzes, § 4 J. 2. 9:

idem placet et de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit . . . . .

l. 54 § 4 D. de A. R. D. 41. 1:

quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intelligitur, qui ipse possideretur.

l. 118 D. de R. J. A. 50. 17:

qui in servitute est, usucapere non potest, nam quum possideatur, possidere non videtur.

l. 3 § 10 D. de poss.

et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.

l. 25 § 2 de liberali causa 40. 12.[2])

Es ist aber nicht denkbar, daß der freie Römer ein Objekt des Eigenthums sein könne, wie er ja auch nicht usukapirt werden kann.

Die naturale Besitzfähigkeit und das civile commercium sind verschiedene Rechtsbegriffe, die erstere hängt allein von den Umstande ab, ob das corpus und der animus des Erwerbsaktes eines dem Besitze entsprechenden Rechts denkbar ist oder nicht. Wenn z. B. Jemand einen Theil eines öffentlichen Platzes eingezäunt und seit längerer Zeit mit Häusern bebaut hat, dürfte es doch zweifelhaft sein, ob die Stadtgemeinde ihn sofort dejiziren, oder ihm auch nur mit der Possessorienklage entgegen-

---

[2]) Daraus ergiebt sich übrigens auch, daß die Savigny'sche Behauptung, bei den Römern habe kein freier Mann besessen werden können, wenn der Andere wußte, daß er frei sei, unrichtig ist. § 4 J. 2. 9 und l. 1 § 6 de poss. sprechen ausdrücklich von einer bonae und malae fidei possessio eines freien Menschen, und die Behauptung ist willkürlich, daß die Stellen nur die malae fidei possessio an einem Sklaven im Auge haben. Donellus V. cap. 6 § 7 führt aus: Itaque quod saepe legimus, liberum hominem bona fide possideri posse, dictum non ex vero est, sed ex opinione possidentis. Diese Erklärung kann gewiß nicht befriedigen, da die Quellen von einem realen Besitze sprechen.

[3]) Aus diesem Grunde heißt es in der l. 1 § 22 D. de poss.:

forum autem et basilicam hisque similia non possident (municipes), sed promiscue his utuntur.

Keinem der municipes ist das vollständige Recht eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr zuzusprechen. — Aus diesem Grunde sind die Entscheidungen Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 6 (Benutzung eines öffentlichen Flusses als solchen), Bd. 30 Nr. 115 (Viehtreiben auf öffentlichen Chausseen), in denen Besitzerwerb verneint wird, gerechtfertigt. — Dagegen wird mit Recht Besitz an einer Wasserleitung über eine öffentliche Straße angenommen (Bd. 27 Nr. 89). conf. ferner Bd. 34 Nr. 90, Nr. 91.

zutreten vermag. Wir nehmen vielmehr an, daß er besitzt, wenn auch öffentliche Sachen noch so sehr dem commercium entzogen sein sollten (conf. Randa S. 303 sub e), und daß die Stadtgemeinde gegen ihn als den Besitzer auf die Klage des definitiven Rechts zurückgedrängt ist. Wenn freilich Jemand an öffentlichen Plätzen, öffentlichen Gewässern u. s. w. nur die Befugnisse ausübt, die sich aus dem Rechte des öffentlichen Gebrauchs ergeben, so liegt noch nicht einmal das corpus und der animus eines Akts vor, durch welchen wir an derartigen Sachen ein Recht erwerben,[3]) und lediglich aus diesem Grunde ist ihm Besitz abzusprechen. Wir glauben, daß gerade diese Auffassung von Paulus getheilt wird, wenn er in der l. 25 D. quemadmodum servit. 8. 6 sagt:

> servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Auch den Quasibesitz eines Weges erlangen wir freilich dann nicht, wenn wir ihn als öffentlichen (pro via publica) gebrauchen.

Wenn ich einen freien Menschen binde, so habe ich ebenfalls keinen Besitz erworben, l. 23 § 2 D. de poss. Dies liegt aber allein daran, daß in dem Binden eines Menschen noch nicht einmal das corpus und der animus eines Aktes zu erblicken ist, durch welchen ein Sklave erworben wird. Wenn aber ein Römer einen freien Menschen kaufte und übergeben erhielt, so hatte er an demselben auch Besitz.

Durch die dargestellten Grundsätze ist keineswegs ausgeschlossen, daß durch positives Gesetz einer Sache auch die Besitzfähigkeit entzogen wird. Dies trifft im römischen Recht z. B. zu auf den locus religiosus. Denn wenn wir auch die Religion verachten und ihn so als Eigenthum behandeln, wie dies bei einem freien Menschen möglich ist,[4]) steht uns das Recht eigenmächtiger Einwirkung durchaus nicht zu, vielmehr kann uns daran ein Jeder und zwar auch durch den Prätor verhindern, l. 30 § 1 D. de poss., l. 1, 2 ne quid in loco sacr. fiat 43, 6.[5]) Es läßt sich da-

[4]) Die Worte der l. 30 § 1 de poss:

sicut hominem liberum

beweisen daher gerade, daß wir einen freien Menschen unter Verachtung des religiösen Gebots als einen uns eigenthümlich gehörigen Sklaven besitzen können. Paulus sagt eben, daß wir den locus religiosus oder sacer nicht, wie einen freien Menschen, zu besitzen vermögen.

[5]) Auch aus diesem Beispiele ergiebt sich, wie wenig römisch die Savigny'sche Verwechselung zwischen Besitz und Interdiktenrecht ist. Besitz am locus religiosus oder sacer hat Niemand, weil Niemand auf denselben einzuwirken vermag. Dagegen hat ein Jeder und auch der Eigenthümer das Recht der Abwehr und das Interdikt. Es dürfte wohl nicht unrichtig sein, menschliche Leichname ebenso zu behandeln.

her eine Anordnung des Gesetzgebers sehr wohl denken, daß der Staat oder ein Dritter eine bestimmte Sache aus fremder Gewahrsam ohne Weiteres sich anzueignen vermöge, aber es wird stets des Nachweises der desfallsigen ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers bedürfen. Daraus, daß er Jemand das definitive Recht abspricht, folgt noch keineswegs, daß dieser nun auch beliebig dejizirt werden könnte. [6])

Sodann wird sehr zu erwägen sein, wieweit man die Sachen überhaupt für objektiv besitzunfähig zu erklären hat, (z. B. den locus religiosus, menschliche Leichnahme), wieweit man wenigstens eine relative Besitzfähigkeit anzuerkennen hat. Denn wenn man auch dem Staate oder einem bestimmten Dritten erlaubt, ohne den Willen des Besitzers auf die Sache einzuwirken und ihn womöglich zu dejiziren, so wäre es doch ein Widersinn, jedem beliebigen Dritten dasselbe Recht einzuräumen. Aerarische Monturstücke, ausländische Lotterielooſe, Sachen, deren Einfuhr bei sonstiger Konfiskation verboten ist, dürfen doch wohl nicht von einem Jeden ohne Weiteres mit Beschlag belegt werden. Wir glauben, den modernen Anschauungen gegenüber nicht oft genug auf das römische Beispiel der beschenkten Ehefrau hinweisen zu können, die unzweifelhaft gegen Dritte besitzt, und selbst von dem Ehemanne nicht dejizirt werden darf.

Noch weniger dürfte die Behauptung richtig sein, daß wer nicht das definitive und absolute Recht haben kann, auch nicht das vorläufige oder definitive aber relative zu haben vermag. Selbst die Eigenschaft der Sache als einer außer Verkehr befindlichen muß doch erst, womöglich in einem sehr langwierigen Verfahren, erwiesen werden, und es ist in der That nicht einzusehen, wie die herrschende Theorie die Rechtsverhältnisse vorläufig zu ordnen gedenkt. [7])

Es ist nur zuzugeben, daß eine außer Verkehr befindliche Sache auch nicht usukapirt werden kann, denn was überhaupt im Eigenthume nicht stehen soll, kann auch nicht durch Usukapion erworben werden, l. 9 D. de usurp. et usucap.

---

[6]) Wenn daher ein Gesetzgeber die Parzellirung von Bauergütern verbietet, so folgt daraus noch nicht, daß die abverkaufte und tradirte Parzelle nicht im Besitze des Käufers steht. Vielmehr hat gerade der Verkäufer auf Grund des Gesetzes erst die Rückforderungsklage des definitiven Rechts anzustellen.

[7]) Richtig ist nur, daß nach moderner Vorstellung die absolute und relative Rückforderungsklage definitiven Rechts auf dieselbe injusta causa zu stützen sind. Wo z. B. die Parzellirung verboten ist, wird auch dem Parzellenverkäufer, dessen früherer Besitz feststeht, nicht eingewendet werden können, daß ihm selbst das Eigenthum an dem parzellirten Grundstücke nicht zugestanden habe.

§ 18. Bedeutung der causa des Besitzes.

Seit Savigny haben folgende Behauptungen unbestrittenes Bürgerrecht in der Besitzliteratur erlangt:

a) daß für den eigentlichen Besitz die causa desselben (der Titel) vollständig gleichgültig sei,[1])

b) daß was den eigentlichen Besitz betreffe, sich Jeder die causa desselben ohne Weiteres ändern könne, da er nur zu wollen brauche, um Besitzer zu sein,[2])

c) daß die Thatsache des Besitzes das Hinzutreten einer neuen causa jedenfalls nicht dulde.[2a])

Diese Sätze halten wir für unrömisch und nehmen an, daß sie gegen die klarsten Quellenzeugnisse von der herrschenden Meinung nur aufgestellt sind, um ihre eigene Besitztheorie zu retten.

Selbst Paulus sagt in der viel kommentirten l. 3 § 5 D. de poss. nur, daß bei dem, was am Besitze die Hauptsache sei, nicht viel darauf ankomme, ob Jemand juste oder injuste besitze, einen gewissen Einfluß der causa giebt er aber damit gerade zu. Die Regel, daß Niemand sich selbst die causa seines Besitzes zu ändern vermöge, ist in einer Unzahl von Stellen bezeugt und praktisch angewendet. (l. 33 § 1 de usurp., l. 2 § 1 pro herede, l. 3 §§ 19, 20, l. 19 § 1 D. de poss., l. 2 § 21 D. pro emt., l. 1 § 2 D. pro don., l. 6 § 3 de precario, l. 10 fin. D. si pars, l. 18 pr. de poss., l. 30 § 2 de usurp., l. 23 C. de loc. et cond., l. 5 C. de poss.)

Savigny meint freilich, die Regel sei nur eine Reminiscenz an das alte Recht, wonach kein natürlicher Besitzer ohne Weiteres auf den einjährigen lukrativen Besitz als Erbe sich stützen konnte, und findet, daß diese Regel selbst, die bisher ganz unverständlich gewesen, erst durch Gaius klar geworden sei, trotzdem Gaius an der betreffenden Stelle (lib. 2 §§

---

[1]) Randa S. 381 folg. führt aus, daß es nur Eigenthumstitel, keine selbstständigen Besitztitel giebt. Er übersieht, daß die causa des Besitzes der causa des Eigenthums entlehnt ist, und indem sie von allen rechtlichen Momenten abgesehen vom corpus und animus abstrahirt, gerade sehr selbstständig ist. L. 1 §§ 3 u. 4 vergl. mit l. 3 § 21 D. de poss.

[2]) Randa S. 384:

„Hierin liegt, daß ob zwar der Inhaber schon durch bloßen (?) bethätigten Willensentschluß den Besitz einer Sache sich verschaffen kann, dieser Wille allein nicht hinreicht, seinen Besitz zu einem rechtmäßigen zu machen. Dies ist der Sinn der alten Rechtsregel: Nemo sibi causam possessionis mutare potest im Justinianischen Rechte."

[2a]) Bekker, das Recht des Besitzes S. 113.

52—61) eine derartige Anwendung der Regel mit keinem Worte erwähnt, und trotzdem es das höchste Erstaunen erwecken muß, wie Justinian einen längst verschollenen Rechtssatz offenbar noch als geltendes Recht so hartnäckig festhalten konnte. Wenn ferner nach altem Rechte Erbschaftssachen und die Erbschaft überhaupt ohne Titel und guten Glauben in einem Jahre usukapirt werden konnten, wenn man im Interesse der Erbschaftsgläubiger und der sacra des Hauses nach einem Jahre selbst den Dieb und Räuber schützte, so ist es im hohen Grade wunderbar, daß der frühere Depositar, Kommodatar u. s. w. mißgünstiger behandelt werden soll, trotzdem dieser sich noch nicht einmal eines Diebes oder Raubes schuldig zu machen braucht. Es ist kaum zu verstehen, wie der Erbe gegen den Okkupanten der Erbschaft im schlechten Glauben zwar sein universum jus verloren haben soll, aber dennoch die einzelnen etwa zufällig deponirten Sachen zurückfordern kann.

a) Allerdings kommt es bei dem, was beim bloßen Besitze die Hauptsache ist, nämlich dem Rechte der Gewalt und der eigenmächtigen Einwirkung und Abwehr, nicht viel darauf an, aus welchen Grunde man besitzt, aber es kommt doch darauf an.[3]) Der violentus possessor hat nur relativen Besitz, wie er die Einwirkungen Dritter auf die Sache abwehren kann und gegen sie durch Pönalklagen geschützt ist, muß er sich selbst die sofortige Dejektion seitens seines Auktors gefallen lassen. Der heimliche Besitzer muß den Vorbesitzer noch zulassen. Nur derjenige erlangt das vorläufige Recht zu behalten, der von dem Gegner nicht vi, clam, precario besitzt,[4]) nur derjenige das relative Recht seinem Autor

---

[3]) Dies erkennt auch der § 136 A.L.R. I. 7 an:

„Die Rechte des Besitzes aber hängen von der Beschaffenheit des Besitzes selbst ab."

Die Beschaffenheit des Besitzes wird aber bedingt durch den Erwerbsgrund. Im Wesentlichen stimmt hiermit die Auffassung von Donellus überein:

Sic autem nihil interest, quod qui injuste possidet, non minus vere possidet, quam qui juste, et si non eodem effectu.

[4]) Wenn daher Randa S. 385 Nr. 7 bemerkt:

„Sowohl im römischen als im österreichischen Rechte hat diese Regel nicht beim Interdikten-, sondern nur beim Usukapionsbesitze Bedeutung und hat insbesondere auf die Frage, ob Besitz überhaupt erworben sei oder nicht, keinen Bezug."

so ist ihm nur der zweite Satz als richtig zuzugeben, denn auch der violentus und clandestinus possessor besitzt, wenn auch nur in relativer Beziehung. Die causa ist aber auch bei ihm von entscheidender Wichtigkeit.

Man hat sich freilich daran gewöhnt, unter causa nicht den Erwerbsgrund, sondern das vollgültige Veräußerungsgeschäft zu verstehen, und bei dieser Auffassung ist es allerdings selbstverständlich, daß höchstens das definitive Recht eine derartige causa zur Voraussetzung haben kann.

gegenüber zu behalten, der von ihm nicht vi, clam, precario, nicht aus einem ihn zur Rückgabe verpflichtenden Kontrakte oder einem kontraktsähnlichen Verhältnisse, endlich nicht aus einer injusta causa von einem bonae fidei possessor besitzt. Nur derjenige usukapirt,[5]) welcher sich auf die bestimmt vorgeschriebenen Bedingungen der Usukapion zu stützen vermag, und endlich ist nur demjenigen das vollkommene Recht zu behalten zuzusprechen, dessen causa mit allen rechtlichen Erfordernissen ausgerüstet ist.

b) Die causa des Besitzes vermag man sich in der That selbst durch den bloßen Willen nicht zu ändern, für die Beurtheilung des Besitzes bleibt immer der Umstand maßgebend, wie er entstanden ist, l. 6 pr. D. de poss.:

> non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est.

Den Willen mag man ja ändern, soviel man will, das zum Besitzerwerbe nothwendige corpus vermag man sich dadurch nicht zu verschaffen.

Durch diesen Grundsatz ist nur nicht ausgeschlossen, daß ich eine später wirklich entstandene causa zu meinen Gunsten verwenden darf. Wenn der frühere Besitzer sich bei der Okkupation beruhigt, darf er mich auch nicht später dejiziren, ja er verliert das vorläufige Recht; wenn ich mich mit ihm einige, kann ich unter Umständen sogar usukapiren, l. 19 § 1 de poss.:

> quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non, si quis demissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nanciscì velit.

l. 3 § 19, 20 de poss., l. 33 § 1 de usurp., l. 6 § 3 D. de precario, l. 2 § 21 D. pro emtore.[6])

---

[5]) L. 1 § 1 pro donato:

> cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare.

In der l. 23 C. loc cond. 4. 65 wird die Regel auf den Fall angewendet, daß der Eigenthümer seine eigene Sache pachtet. Er besitzt nämlich trotzdem als Eigenthümer, obgleich er gar nicht Eigenthümer sein will. Ganz im Gegensatze zur jetzt herrschenden Schule meint also der Kaiser, daß der Wille im gegebenen Falle auf die causa gar keinen Einfluß habe.

[6]) Die Regel, daß sich Niemand die causa des Besitzes selbst ändern könne, läßt sich auch dahin wiedergeben:

Diese Regeln gelten insbesondere für den unvollständigen Besitzer, l. 2 § 1 D. pro herede:

> quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita est, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Auch der unvollständige Besitzer eines Grundstücks vermag nicht ohne Weiteres durch den Willen seinen Besitz in einen vollständigen zu verwandeln, er muß die causa seines Besitzes gegen sich gelten lassen, selbst wenn er eigenmächtige Besitzhandlungen schon vorgenommen hat. Er kann immer noch in den ihm nicht zustehenden Besitzhandlungen gewaltsam [7]) verhindert werden, und muß den Verpächter zulassen, soweit er sich nicht auf sein Besitzrecht zu stützen vermag. Erst durch das Nichtzulassen des Verpächters mit der Absicht zu besitzen, erwirbt er Besitz, indem dadurch eine neue causa des Besitzes entsteht, l. 12. 18 D. unde vi. Der unvollständige Besitzer haftet ferner gerade wegen der causa des Besitzes dem interdictum unde vi und dem interdictum uti possidetis des vollständigen Besitzers, soweit sein natürlicher Besitz nicht reicht. Mag endlich der natürliche Besitzer auch noch so oft die Sache okkupiren und sie für sich haben wollen, dennoch erlangt er seinem Verpächter oder Vermiether gegenüber nicht das relative Recht, da er sie ihm auf Grund der causa des Besitzes herausgeben muß und nicht einwenden kann, daß nicht der Kläger, sondern ein Dritter berechtigt sei. Die Kaiser haben nun sogar angeordnet, daß nicht einmal dadurch der Pächter dem Verpächter das relative Recht entziehen und auf einen Dritten übertragen könne, daß er ihm die Sache übergiebt. Die l. 5 C. de poss. folgert dies direkt aus unsrer Regel:

Nur derjenige, welcher aus dem ungerechtfertigten Besitze des Besitzers berechtigt ist, kann auf die daraus hervorgehenden Vortheile verzichten.

Dies wird in der Regel der Vorbesitzer sein. Aber auch wenn der Besitzer mit dem Eigenthümer, der nicht sein Vorbesitzer ist, einen Vertrag abschließt, wonach der Eigenthümer ihm die Sache beläßt, wird er unter Umständen berechtigt werden, die Sache definitiv zu behalten, da sein Vorbesitzer sie selbst wieder dem Eigenthümer herausgeben müßte.

[7]) Die Verafterpachtung enthält eine derartige Usurpation noch nicht, weil ja auch der Afterpächter den thatsächlichen Umfang des Pachtbesitzes nicht zu überschreiten braucht, thatsächlich also der Besitzstand nicht verrückt wird, da der Afterverpächter durch den Afterpächter nur denselben Besitz ausübt. Die l. 30 § 6 de poss. unterscheidet nicht, welche Absicht der Afterverpächter gehabt hat, wie Savigny S. 362 Nr. 4 ausführt.

quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque ...
conf. auch l. 12 C. eodem. [9])

Ebenso wenig vermag sich der natürliche Besitzer willkürlich eine Usukapionskausa zu verschaffen.

Der unvollständige Besitzer einer Mobilie kann nun allerdings Besitz erwerben bloß dadurch, daß er seinen Besitzwillen auf irgend eine Weise manifestirt, l. 47 D. de poss., aber dem Auktor gegenüber vermag er sich doch nicht das relative Recht oder eine causa der Usukapion selbst zu verschaffen.

In der Regel wird erst durch eine Einigung mit dem Vorbesitzer eine Veränderung der causa herbeigeführt werden. [9a])

Es kann nur zugegeben werden, daß die Regel von den Römern konsequent auch auf den Besitz pro herede angewendet ist, was sich schon aus den Worten: „et propterea" der l. 2 § 1 D. pro herede ergiebt, hier tritt aber eine Besonderheit hinzu, die so recht geeignet ist, den Savigny'schen Erklärungsversuch in das rechte Licht zu stellen. Da nämlich die Erbschaftssache ohne Besitzer ist, erlangt jeder Dritte bereits durch die Okkupation Besitz und vorläufiges Recht, er kann nur durch die Klage des definitiven Rechts, die hereditatis petitio, vertrieben werden. Dies gilt daher auch vom natürlichen Besitzer. Auch der natürliche Besitzer und bloße Stellvertreter, welcher dem Erben, der selbst den Besitz noch nicht erlangt hat, das Erbrecht bestreitet und es für sich in Anspruch nimmt, wird zum vollständigen Besitzer, der weder durch Gewalt oder Interdikt, sondern nur durch die Klage des definitiven Rechts entsetzt werden kann. [9]) Wenn ich daher als negotiorum gestor die Geschäfte einer Erbschaft besorgt, Schulden eingezogen habe u. s. w. und nachher plötzlich das Erbrecht für mich in Anspruch nehme, so bin ich als Besitzer zu belangen, l. 10 D. si pars hered. 5. 4:

quoniam tamen, qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse

---

[9]) Nach den Grundsätzen der Spolienklage ergeben sich diese Verordnungen der Kaiser als bloße Konsequenzen.

[9a]) Nur wenn man auf die causa Gewicht legt, wird man die römischen Grundsätze über den Besitzerwerb durch Stellvertreter verstehen können. (conf. auch Reuling Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 327 folg.)

[9]) Dies gilt speziell auch vom Kolonen, der den Besitz des Erben nicht anerkennt: l. 30 § 5 de poss.:

quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere.

Auch gegen den Kolonen, der für sich oder einen Dritten als Erben besitzen will, ist die Klage des definitiven Rechts zu richten.

coepit, postea faciens controversiam hereditatis ut juris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum est. [10])

Unsere Regel gilt also hier nur soweit, als der natürliche Besitzer sich nicht das relative Recht zu verschaffen vermag, vielmehr dem Erben auch dann herausgeben muß, wenn der Erblasser nicht gerade Eigenthümer war, und als er nicht berechtigt ist, ohne Weiteres pro herede zu usukapiren. Wenn aber irgend eine justa causa in der That vorliegen sollte, aus der er annehmen kann, Erbe zu sein, wird er sich auch hier auf dieselbe stützen können, l. 33 § 1 D. de usurp.:

hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur.

Die allgemeine Regel: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest" ist daher zwar ebenfalls auf den titulus pro herede anwendbar, die neue Verschaffung einer causa unterliegt hier aber, was eigentlichen Besitz und vorläufiges Recht betrifft, weniger Schwierigkeiten, weil es sich um eine besitzerlose Sache handelt.

c. Einem vorhandenen Besitze kann stets insbesondere durch Bewilligung des Eigenthümers eine neue causa hinzugefügt werden. Es folgt dies aus dem Begriffe des Besitzes als eines unvollkommenen Rechts. Die Rechtsgarantien können sich nach und nach steigern und vermehren. Zunächst kann mir nur zustehen das Recht der Abwehr gegen Dritte, demnächst kann ich es gegen den Auktor erlangen. Infolge der Einwilligung des Auktors kann eine causa usucapionis oder das definitive Recht neu geschaffen werden u. s. w. Anders steht es mit dem Eigenthume, weil dasselbe bereits alle rechtliche Garantien in sich vereinigt. Hieraus erklärt sich der so vielfach verkannte Ausspruch des Paulus l. 3 § 4 de poss.:

nec enim, sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus.

---

§. 19. Sukzession in den Besitz.

Randa erklärt S. 387 kategorisch:

„In Thatsachen giebt es keine Rechtsfolge."

---

[10]) Wie weit die Auktorität Savigny's Alles beherrscht, ergiebt sich daraus, daß Rudorff (Rum. 26) in der l. 10 D. l. c. sogar eine Bestätigung der Savigny'schen Ansicht finden will. So auch Randa S. 384 Note 6.

An sich läßt sich dieser Satz nicht bestreiten, um konsequent zu sein, hätte die herrschende Schule aber auch den Erwerb des Besitzes leugnen sollen, denn was wir uns unter dem Erwerbe einer Thatsache denken sollen, ist wenig klar.[1]) Das Argument ist jedoch überhaupt aus dem Grunde verfehlt, weil der Besitz keine bloße Thatsache ist.

Savigny äußert sich auch etwas vorsichtiger dahin:

> Nach dem ursprünglichen Begriffe des Besitzes ist eine eigentliche Uebertragung desselben nicht möglich, d. h. kein Besitzer als solcher ist als Sukzessor des vorigen Besitzers zu betrachten, sondern er erwirbt einen ganz neuen Besitz für sich, unabhängig von dem vorigen.

Daß nun eine Sukzession in den Besitz nach juristischer Bestimmung, und daß eine uneigentliche Uebertragung gedacht werden könne, sagt er zwar nicht direkt, leugnet es aber auch nicht absolut.

Man wird sich aber zunächst klar zu machen haben, worum es sich handelt. Unter Sukzession kann man verstehen:

a) den Eintritt in die causa des Rechts, so zwar, daß die causa des Auktors für das Recht des Sukzessors entscheidend ist,

b) den bloßen Eintritt in dasselbe Recht,

auf Grund des Willens des Auktors oder infolge der Universalsukzession.

a. Daß nun die causa des Auktors für den Besitzerwerb in der Regel gleichgültig sei, wird Niemand in Abrede stellen. Gerade die causa des Auktors gehört zu den rechtlichen Momenten, von denen man für den Besitzerwerb zu abstrahiren hat. Wenn auch der Auktor wegen eines Besitzfehlers dejizirt werden konnte, so darf es dennoch der Sukzessor keineswegs, das vorläufige und relative Recht zu behalten erwerbe ich auch dann, wenn es der Auktor nicht gehabt hat. Ja selbst dem publizianischen Kläger, der gegen einen Nichteigenthümer auf Herausgabe klagt, kann nicht eingewendet werden, daß sein Auktor sich im schlechten Glauben befunden und arglistig gehandelt habe, l. 7 § 11 de P. A. 6. 2:

> proinde hoc sufficit, me bonae fidei emtorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit . . . .

Derselbe Grundsatz gilt für den Usukapionsbesitz: ich usukapire dasjenige, was mein Auktor nicht usukapiren konnte, l. 5 pr. D. de divers. temp. praescr. 44. 3:

> nam denique et usucapere possum, quod auctor meus usucapere non potuit.

---

[1]) Liebe S. 95 spricht daher nur von einem Besitzbeginne und meint, daß der Ausdruck „Besitzerwerb" geeignet sei, die ganze Lehre vom Besitze von vornherein von einem schiefen Gesichtspunkte auffassen zu lassen.

Die Römer haben für den Besitz mit vollem Bewußtsein die in der modernen Literatur fälschlich als eine ganz allgemeine aufgestellte Regel, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, außer Anwendung gesetzt. Von dem Prinzipe der l. 5 pr. D. l. c. werden nur dann Ausnahmen zuzugeben sein, wenn es sich um eine von der Usukapion überhaupt ausgeschlossene Sache handelt, und wenn der Sukzessor sich den Besitz des Auktors einrechnen will. Das moderne Recht hat nun aber die causa des Auktors selbst für das absolute und definitive Recht als unerheblich hingestellt. Auch wenn mein eingetragener Auktor aus dem Mangel seiner causa die Sache herausgeben müßte, verweigere ich dennoch als eingetragener Sukzessor die Herausgabe des Grundstücks. Von diesem Gesichtspunkte läßt sich daher für die Gegenwart der Satz verfechten, daß es keine Sukzession in das Eigenthum mehr giebt.

b. Dagegen giebt es eine Sukzession in den Besitz insofern, als man darunter nur den Eintritt in dasselbe Recht auf Grund des Willens des Auktors versteht. Wie der Auktor berechtigt war, auf die Sache einzuwirken und jede fremde Einwirkung abzuwehren, so ist es nunmehr der Sukzessor. Die Möglichkeit der Sukzession ist hier sogar bedeutend erleichtert, weil beim Besitzerwerbe von so vielen rechtlichen Momenten abstrahirt wird. Die Römer sprechen von einer Transferirung des Besitzes ebensogut, wie von der des Eigenthums:

l. 77 D. de R. V.:
quae res sufficiebat ad traditam possessionem,
l. 74 D. de contrah. emt. 18. 1:
possessio tradita videtur,
l. 4 pr. D. de usuris 22. 1:
vacuamque possessionem tradi.
l. 52 § 1 D. de V. O., l. 68 § 2, l. 78 § 1 D. de cont. emt. 18. 1, l. 2 § 1 D. 19. 1 u. s. w.

Der Besitzerwerb kann, wie wir gesehen haben, ein originärer oder derivativer sein, je nachdem er sich auf den Willen des Auktors stützt oder nicht, und diese beiden Arten des Besitzerwerbes werden von den Römern logisch geschieden, indem z. B. der Pupill und Stellvertreter nicht tradieren können, der Dritte aber in originärer Weise Besitz erwirbt.

Was aber die herrschende Schule sagen will, scheint uns, wenn wir von dem zuerst entwickelten Begriff der Sukzession absehen, folgendes zu sein:

A. Die Sukzession in den Besitz vollzieht sich der Regel nach nicht durch Vertrag, sondern durch Tradition. So heißt es denn auch bei Randa 2. Auflage S. 350:

„Daß durch Vertrag (also doch wohl durch Tradition?) Besitz nicht übertragen wird, kann nicht zweifelhaft sein."

Die Römer haben sogar die Sukzession des Erben in den Besitz des Erblassers nicht bloß nicht für ausgeschlossen erklärt, sondern gerade im Gegentheil sie zugelassen unter der Bedingung, daß der Erbe den Besitz ergreift, l. 23 pr. D. de poss., vergl. mit l. 30 pr. ex quibus caus. 4. 6.[2]) Der Umstand aber, daß sich eine Sukzession bloß durch Tradition vollzieht, ist gewiß kein Grund, sie überhaupt zu verneinen, denn dann gäbe es ja auch keine Sukzession in das Eigenthum.[3])

Uebrigens haben wir schon oben ausgeführt, daß der Satz, daß der bloße Wille den Besitz zu übertragen nicht geeignet sei, eine unbedingte Geltung nicht beanspruchen kann. Auch der bloße Wille überträgt den Besitz im Falle des Konstituts und der sogenannten Besitzverträge, wenn die Kontrahenten gerade nur den Besitz und das vorläufige Recht im Auge gehabt haben.[4]) Es bedarf nur eines besonderen Vertrages über den Besitz. Die Kontrahenten vermögen sogar in dieser Weise den Besitz durch Rechtsgeschäfte unter sich hin- und herzuschieben. Der Pfandgläubiger kann den erlangten Besitz dem Schuldner wieder precario überlassen, ihm auch denselben vermiethen, l. 10 § 1, l. 28, l. 35. 36 de poss., l. 33 § 5 de usurp., l. 37 de pign. act. 13. 7, l. 34 § 4 de contr. emt. Ja die l. 6 § 4 de precario sagt sogar, daß derartige Geschäfte im alten Rom täglich (quotidie) geschlossen seien. Der Besitzer vermag durch ein precarium auf den Nichtbesitzer den Besitz zu übertragen und kann ihn dann durch dasselbe Rechtsgeschäft als Prekarist zurückempfangen, l. 21 D. de poss.:

interdum ejus possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit.

---

[2]) Conf. auch l. 30 § 5 D. de poss.: „nisi ipse nactus possessionem."

[3]) Der von Förster S. 44 geltend gemachte Grund, daß das Recht des Besitzes aufhöre, sobald sich der Wille von der Sache trenne, ein beendigter Besitz aber nicht übertragen werden könne, würde ebenfalls jede Sukzession aufheben. Ein beendetes Eigenthum kann auch nicht übertragen werden.

[4]) v. Liebe sagt S. 11:

„constitutum possessorium ist kein Vertrag und durch Vertrag geht kein Besitz über."

Conf. auch S. 134.

Was soll denn das Konstitut anders sein als ein Vertrag über den Besitz? Die Römer wenigstens haben auch nicht den geringsten Anstand genommen, den Besitz durch Vertrag übergehen zu lassen.

Warum soll man es nicht Jemand auch vertragsmäßig erlauben dürfen, auf das Grundstück oder die Sache einzuwirken?

B. Ein Besitzübergang durch Vertrag ist nach römischer Vorstellung nur dann denkbar, wenn wenigstens einer der Kontrahenten körperlich besitzt, da er nur dann sein corpus dem Erwerber dienstbar machen kann. Hier ist sogar, wie wir gesehen haben, das Besitzrecht des Auktors entscheidend für das des Sukzessors.

Trotzdem diese Regel ganz konsequent aus der römischen Besitztheorie folgt, da Besitzerwerb ohne (wenn auch nur fremdes) corpus nicht zu denken ist, hat doch gerade die herrschende Schule sie verleugnet, und hat von der faktischen Natur des Besitzes, selbst soweit sie begründet ist, u. E. viel zu viel aufgeopfert.

Savigny sagt S. 320 Note 1:

„Wenn aber die Bedingungen eines constituti vorhanden sind, so ist es gleichgültig, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat, oder ob ein Dritter diese für ihn verwaltet.[5])

Randa S. 460:

„Gleichgültig ist es, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat, oder durch Andere, z. B. Miether, Pächter, ausübt."

Also läßt sich der Besitz einfach cediren und zwar von dem Cessionar und den Cessionarien der Cessionarien ebenfalls, so daß eine fortlaufende Kette von Besitzcessionen denkbar ist. Die herrschende Schule möge es erklären, wie sie auf der einen Seite die Sukzession in den Besitz auf Grund der Willenserklärung oder des Vertrages leugnen, auf der anderen Seite unbedingt die Cession des Besitzes gestatten kann, die von dem corpus auch nicht das Geringste mehr an sich trägt. Es ist Schein, wenn die herrschende Schule das römische Prinzip zu vertreten vorgiebt, daß Besitz nur corpore et animo erworben werden könne. Die Annahme eines Besitzerwerbes durch bloße Anweisung widerspricht diesem römischen Prinzipe durchaus und hat weder die logische Konsequenz noch die Aussprüche der römischen Juristen für sich.

Der Stellvertreter hat sich nur verpflichtet, für den Vertretenen zu besitzen, und will dies auch nur, indem er sein corpus ihm dienstbar

---

[5]) S. 363: „Der durch Repräsentanten ausgeübte Besitz kann, wie jeder andere, durch bloßes constitutum übertragen werden." — Von der entgegengesetzten Auffassung behauptet er Note 1, daß sie auf einer mißverständlichen Auffassung des Konstituts beruhe.

Das Preußische Ober-Tribunal ist der Ansicht Savigny's:

„Bei dem Verkaufe vermietheter Häuser ist die Uebergabe durch Anweisung (Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb) keineswegs die ausschließlich zulässige. Es ist die körperliche Uebergabe ebenso zulässig wie die durch constitutum."

Es kann allerdings angenommen werden, daß sich dieser Ausspruch nur auf den angegebenen Fall des Verkaufs vermietheter Häuser bezieht.

macht. Er hat weder das Recht noch die Pflicht, ohne Weiteres jede Einwirkung des Dritten zu dulden, der den Erwerb des Rechts prätendirt. Der als Wächter des Besitzes eingesetzte Stellvertreter hat gerade seiner Verpflichtung gemäß die erhobenen Ansprüche erst zu prüfen, und diese müssen Mangels Anerkennung durch den Richter festgestellt werden, d. h. der Cessionar des Vertretenen hat ohne Weiteres keinen Besitz. So braucht ja auch der Kolon die Einwirkung des Erbschaftsprätendenten nicht ohne Weiteres zu dulden, vielmehr ist dieser zurückgedrängt auf die Klage des definitiven Rechts, l. 30 § 5 D. de poss.:

> quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere.

Wer das corpus selbst nicht hat, vermag auch nicht dasselbe durch seinen Willen einem Dritten dienstbar zu machen, so daß dieser wenigstens corpore alieno erwerben könnte. Durch den bloßen animus vermögen wir aber ein nicht vorhandenes corpus nicht zu schaffen. Paul. Sent. Rec. V. 2. § 1.[6])

Der Dritte wird erst Besitzer, wenn der Stellvertreter sich verpflichtet, für ihn zu besitzen.

Die Römer haben es denn auch direkt ausgesprochen, daß die einseitige Anweisung an den Stellvertreter, für den Sukzessor zu besitzen und ihm den Besitz zu übergeben, einen Besitzübergang noch nicht enthalte, l. 20 D. de poss. 41. 2:

> si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emtorique tradi jusserit, nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra . . .

Auch nach erfolgter Anweisung wird nicht der Besitz des Käufers, sondern der des Verkäufers gestört, wenn der Käufer nicht zugelassen wird. Ja der Angewiesene, welcher den Kolonen dejizirt, setzt sich unter allen Umständen dem Interdikte desselben aus, da der Kolon nicht ihm, sondern dem Verkäufer den Besitz gewaltsam entzogen hat, l. 18 D. de vi:

---

[6]) Die moderne Lehre vom Besitzerwerbe durch Anweisung als allgemeine Regel (§§ 66 ff. A.L.R. I. 7) widerspricht daher der Natur des Besitzes. Es kann sich nur um den Erwerb des unzerstörbaren nicht obligatorischen Rechts ohne Besitzerwerb handeln. Daher scheint es denn auch zu kommen, daß der Besitzerwerb durch einseitige Anweisung möglichst einschränkend interpretirt wird. (Reichsgericht, Entsch. Bd. V S. 183, Entsch. des Obertribunals Bd. 12 S. 172, Reichsoberhandelsgericht Bd. 7 S. 24.)

Nur soweit man den Kolonen und Miether nach modernem Rechte für verpflichtet hält, für den Sukzessor zu besitzen, läßt sich eine Uebertragung des Besitzes durch Willenserklärung annehmen (conf. Erkenntniß des O.T. zu Berlin, Seuffert Arch. Bd. 24 Nr. 34).

et ipsum interdicto colono teneri; non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Randa meint freilich, die l. 12 u. 18 de vi sprächen nicht vom const. poss., sondern von dem hiervon verschiedenen Falle, wenn der Verkäufer den Käufer ohne const. poss. ermächtigt, den Besitz allein zu ergreifen, es ist uns aber nicht klar, in welche Formel denn dieses angebliche Konstitut gefaßt werden soll, wenn die Anweisung nicht genügt, in den freien Besitz einzutreten (jussit emtorem in vacuam possessionem ire, l. 18 de vi) und ebenso wenig der Befehl an den Detentor, sofort herauszugeben, oder, was doch weniger ist, für den Käufer zu besitzen (emtorique tradi jusserit, l. 20 D. de poss.).

Richtig erscheint uns nur, daß nach römischer Vorstellung eine Anweisung eine Uebertragung des Besitzes überhaupt nicht enthält, und insofern sprechen die l. 12, l. 18 de vi, l. 20 de poss. allerdings nicht von einem Konstitut. Jedenfalls wird die herrschende Schule zu erweisen haben, wie sie zu dieser maßlosen Ausdehnung des Besitzerwerbes durch bloße Willenserklärung gegen ihre eigene Theorie und die Aussprüche des römischen Rechts kommt. Wenn Randa die l. 30 § 6 D. de poss. anführt, so übersieht er wohl, daß dies Gesetz gerade den umgekehrten Fall behandelt, daß der natürliche Besitzer die Sache weiter verpachtet, also jeder Sukzessor seinem Auktor auch das corpus dienstbar macht. Der Besitz des ersten Verpächters geht nur um deshalb nicht verloren, weil weder das corpus noch der animus in das Gegentheil gewendet ist, und der Stellvertreter zum Schaden des Vertretenen nicht tradiren kann, von einem Erwerbe des Besitzes durch bloße Anweisung ist aber u. E. keine Rede.

Hiernach überträgt die bloße Anweisung den Besitz nicht, d. h. der Angewiesene darf trotz der Anweisung nicht gewaltsam und eigenmächtig auf die Sache einwirken, nicht er hat das interdictum unde vi oder quod vi aut clam, sondern der Anweisende. Von einem interdictum uti possid. des Angewiesenen kann vollends keine Rede sein. Nach römischer Vorstellung bleibt der Angewiesene zurückgedrängt auf seine Klage aus dem Kontrakte; nach neuerer Auffassung mag man berechtigt sein, in der Anweisung einen Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb, eine Cession der Vindikation, zu erblicken.

Eine Ausnahme von den aufgestellten Grundsätzen wird sich nur dann zugeben lassen, wenn mit dem Stellvertreter bei Uebergabe der Sache ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen bedungen ist, daß er für Jeden besitzen solle, der sich in bestimmter Weise legitimirt. Dies geschieht nach den Grundsätzen des Handelsrechts im Konossement-

vertrage[6a]), dürfte aber nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig sein. Die juristische Konstruktion aber scheint uns die zu sein: So lange der Stellvertreter dem Vertrage entsprechend besitzen will, wird durch das Konossement Besitz übertragen, sobald er die Sache unterschlagen hat, die Rechte aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze.

Man hat sich zu hüten, die Lehre von der Sukzession in den Besitz mit der ganz anders zu beantwortenden Frage, wie weit eine Sukzession in die sog. possessorischen Rechte zulässig ist, zu verwechseln. Das vorläufige Recht zurückzufordern oder zu fordern, das gleiche definitive, absolute oder relative, unzerstörbare oder zerstörbare, kann ich sehr wohl cediren, und dabei ist sogar die causa des Auktors auch für den Sukzessor von durchschlagender Bedeutung.[7])

C. Beim derivativen Besitzerwerbe durch Tradition richtet sich der Wille der Kontrahenten der Regel nach nicht allein auf den Besitz, sondern auf das Eigenthum. Es ist nicht beabsichtigt, daß Besitz allein übertragen wird, dies folgt nur zufällig aus dem Mangel des Erwerbsaktes oder dem mangelnden Rechte des Auktors. Trotzdem liegt in dem Willen, das vollkommene Recht zu übertragen, auch der auf das unvollkommene Recht gerichtete Wille, und abgesehen hiervon haben wir schon oft darauf hingewiesen, daß der Wille sich auf den Besitz beschränken kann. So kann der besitzende Nichteigenthümer dem Eigenthümer ausdrücklich blos den Besitz übertragen, so können streitende Parteien bei der Tradition ausdrücklich vereinbaren, daß die Wirkung der Tradition auf die Besitzvortheile beschränkt sei. Eine gleiche vertragsmäßige Beschränkung ist bei dem Konstitut denkbar.

D. Der Regel nach hat der originäre und derivative Besitzerwerb, soweit die Garantien vorläufigen Rechts in Frage kommen, gleiche Wirkung.[7a]) Aber auch dies ist nicht ausnahmslos der Fall. Der Erwerber

---

[6a]) Auch auf den Ladeschein ausgedehnt (Reichsgericht Entsch. Bd. IV S. 79). Prinzipiell ist eine derartige Ausdehnung so weit möglich, als eine Verpflichtung des Stellvertreters für den Dritten zu besitzen kontraktlich konstituirt werden kann, oder gesetzlich besteht (conf. auch Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XI S. 416 in Betreff der Nichtordrekonnossemente.)

[7]) Auch das relative Rückforderungsrecht aus dem interdictum de precario läßt sich cediren, vorausgesetzt freilich, daß der Cedent das precarium fortsetzen will, l. 8 § 2 D. de precar. 43, 26:

et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet, quasi a se precario habeas.

[7a]) Deshalb leugnet augenscheinlich Exner (Rechtserwerb durch Tradition S. 11) die Besitzsukzession: „Was in der Tradition vertragsmäßig erworben wird, kann nur ein dingliches Recht sein; sofern aber dem Empfänger zugleich jura possessionis hin-

auf Grund der Tradition darf nie dejizirt werden, er haftet niemals dem interdictum unde vi, und schließlich tritt der Unterschied auf dem Gebiete des definitiven, wenn auch relativen Rechts aufs Deutlichste hervor.

Mit Recht wird von Randa nach römischem Rechte ausgeführt, daß während die liegende Erbschaft ihrem Zwecke nach den Uebergang der Rechte vom Erblasser auf den Erben vermittle, diese Vermittlung des Ueberganges beim Besitze nicht eintreten könne. S. 388. Auch Savigny erklärt S. 324:

> „alle Rechte überhaupt, insofern sie zum Vermögen gehören, also nicht bloß persönlich sind, gehen durch den Erwerb der Erbschaft unmittelbar auf den Erben über, nur nicht der Besitz."

Ihering dagegen erblickt in der herditatis petitio die vollendetste possessorische Klage, und da er gegen die ausdrücklichen Aussprüche des römischen Rechts den Besitz der hereditas jacens doch füglich nicht annehmen kann (l. 23 pr. D. de poss., l. 1 § 15 D. si is, qui test. liber.), erklärt er ohne Weiteres: es fehle zwar der Besitz, aber nicht die Besitzidee. S. 130 ruft er aus:

> „Muß der Mensch erst sterben, damit die Idee des Besitzesschutzes zu ihrem vollen Recht gelange, muß der Besitz und damit die Möglichkeit einer Beschränkung seines Schutzes auf die Voraussetzung der vis erst wegfallen, damit der obige Grundsatz: quod quis non ex voluntate (ejus, ad quem res pertinet), occupavit, restituat zur Geltung gelange?"

Wir geben es ihm ohne Weiteres zu, daß ein so schreiendes Mißverhältniß in den Wirkungen des ehemaligen und des gegenwärtigen Besitzes durch die Idee des Besitzes nicht geboten sein könne, aber dasjenige, wovon Ihering spricht, ist überhaupt nicht der Besitz, sondern eine Klage, die hereditatis petitio, die gerade das Gegentheil des Besitzes darstellt.

Dasjenige aber, worin sich unsere Auffassung von der herrschenden unterscheidet, ist nicht der Rechtssatz selbst, sondern die Begründung desselben. Nicht um deshalb sukzedirt der Erbe nicht unmittelbar in den Besitz des Erblassers, weil es eine Sukzession überhaupt nicht giebt, sondern um deshalb, weil der Besitz durch den Tod des Erblassers aufgehoben ist, weil sich die Sukzession bloß durch körperlichen Besitzerwerb vollzieht

---

sichtlich der tradirten Sache erwachsen, gründen sich diese allein auf den einseitigen Akt der Apprehension." — Die Besitzrechte gründen sich aber stets auf den Akt, der wirklich vorliegt, sei es Okkupation oder Tradition.

und der ausnahmsweise Besitzerwerb durch Willenserklärung nicht gedacht werden kann, weil ein corpus überhaupt nicht vorhanden ist und ebensowenig ein Wille, der dem Erben das corpus dienstbar machen sollte,[8]) l. 1 § 15 D. si is, qui test. 47. 4:

> idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis.

Es ist überhaupt undenkbar, daß eine Erbschaft eigenmächtig auf Sachen einwirken und Dritte abwehren, und ebenso, daß sie ihr nicht vorhandenes corpus durch ihren ebenfalls nicht vorhandenen Willen dem Erben dienstbar machen sollte. Vollständig zutreffend sagt Paulus in der l. 15 pr. D. de usurp. et usuc., daß die Erbschaft nur in gewisser Beziehung die Stelle einer Person vertrete, und daß deshalb zu Gunsten der Erben noch nicht einmal die Fortdauer der Usukapion angenommen werden könnte:

> nam hereditatem in quibusdam vice personae fundi receptum est; ideoque in successoribus locum non habere usucapionem.

Vielmehr ist die Fortdauer der Usukapion nach römischer Vorstellung ein singuläres, strikte zu interpretirendes Rechtsinstitut, l. 44 § 3 D. de usurp. et usuc.:

> nondum aditae hereditati tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat; sed haec (Usukapion ohne Besitz) jure singulari recepta sunt.

Also weder die Erbschaft noch der Erbe, bevor er den Besitz der Erbschaftssachen ergreift, haben die durch Rechtsmittel vorläufigen Rechts garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft. Der Prätendent der Erbschaft oder eines anderen Rechts thut darum allein noch kein Unrecht, daß er sich eigenmächtig in den Besitz der Sachen setzt,

l. 37 § 1 D. de usurp.:

> fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit ....

Vielmehr ist es ein Widersinn, sie auf das mittelbare Recht der Klage hinzuweisen, da ihnen Niemand entgegensteht, den sie verklagen könnten. Eine Schadensersatzklage aus bloßem eben nicht vorhandenen Besitze gegen

---

[8]) Hieraus ergiebt sich aber, daß Besitz angenommen werden muß, sobald ein Testamentsexekutor, ein Kurator u. s. w. oder selbst das Gericht sich im Besitze der Erbschaftssachen befinden. Der Stellvertreter macht durch seinen Willen das corpus dem wahren Erben dienstbar, wobei es ganz unerheblich ist, ob der Erbe bekannt ist oder nicht. So auch Randa S. 352 Note 5.

den definitiv Berechtigten ist überhaupt nicht denkbar. Der Erbe darf den Prätendenten der Erbschaft oder eines Singularrechtes, die sich in den Besitz der besitzerlosen Erbschaft oder Sache gesetzt haben, auf keinen Fall dejiziren, selbst vor dem natürlichen Besitzer, der sein Erbrecht nicht anerkennt und ihm nicht gleichsam huldigt, hat er sich zurückzuziehen, l. 30 § 5 D. de poss. Dem Erben steht das interdictum unde vi und interdictum uti possidetis nicht zu. Er ist zurückgedrängt auf die Klage, und daher nur unter der Bedingung Besitzer, daß er sich in den Besitz der Erbschaftssachen zuerst gesetzt hat.

Anders liegt freilich die Sache, wenn der Erbe sich im natürlichen Besitze der Erbschaftssachen bereits befindet und nur nicht weiß, daß in Folge der Universalsukzession das definitive Recht auf ihn übergegangen ist. Wir haben bereits an verschiedenen Stellen ausgeführt, daß der definitiv Berechtigte, der für einen Dritten besitzen will, trotz seines entgegenstehenden Willens Besitzer ist. Dasselbe trifft auch hier zu. Wenn daher ein Haussohn, wenn auch nicht ex causa peculii etwas erwirbt, und der Vater stirbt in der Gefangenschaft, so hat er infolge der Fiktion der lex Cornelia vom Tage der Gefangennahme des Vaters an für sich selbst den Besitz ausgeübt, l. 44 § 7 D. de usurp. et usuc.:

> sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et possedisse sibi, et usucepisse intelligi.[9])

Ganz konsequenter Weise wird im römischen Rechte dem Erben das vorläufige Rückforderungsrecht abgesprochen, wenn eine Sache vi oder clam der Erbschaft entzogen ist, zumal Niemand da ist, der Widerstand leisten, den Versuch der Rückkehr machen oder Protest erheben könnte. Die Erbschaft hat keinen Besitz, und das vorläufige Rückforderungsrecht setzt voraus, daß der Verklagte unmittelbar vom Kläger besitzt.[10]) Verfehlt scheint es aber, wenn man dieses mit der herrschenden Schule, die Besitz und Interdiktenrecht verwechselt, aus der Natur des vorläufigen Rechts überhaupt schließen will. Zunächst unterliegt es ja keinem Zweifel, daß das bereits dem Erblasser zugestandene vorläufige Rückforderungsrecht auch auf den Erben übergeht. Sodann sind zu Gunsten der Erben und

---

[9]) Aus dieser Stelle ergiebt sich, daß auch der suus heres, trotzdem mit dem Tode alle Rechte auf ihn übergehen, ohne Weiteres nicht in den Besitz sukzedirt, wenn er nicht bereits im Besitze (in possessione) gewesen war. (conf. auch Gaius 2. 52 ff.)

[10]) Pr. Nr. 2161 Entsch. Bd. 18 S. 1:

„Der Erbe hat nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung seines Rechts zum Besitze zwar nach dem Anfall, aber vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist."

der Erbschaftsprätendenten eine Menge vorläufiger Rechtsmittel geschaffen, die missio scripti heredis, das interdictum Quod legatorum, ja selbst eine derartige Anordnung des Gesetzgebers würde keinem Bedenken unterliegen, daß der Erbe alle Sachen vorläufig fordern könne, die unter dem Anspruche eines Singularrechtes der Erbschaft entzogen sind. Der Ansatz zu einer derartigen Bestimmung findet sich bereits im codex Theodosianus, l. un. C. Quor. bonor. 4. 21:

> quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimam usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? . . . omnibus frustrationibus amputatis in petitionem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

Die Römer haben keinen Zweifel gehabt, das vorläufige Recht an sich dem Erben zuzusprechen. Fast sämmtliche Spezialinterdikte stehen auch dem Erben zu, l. 3 § 6 und 10, l. 5 § 2 de itinere actuque priv., l. 1 § 37 de aqua quot. et aest. Diesen Interdikten wird in der l. 2 § 3 de interd. die Natur der interdicta adipisc. poss. zugesprochen, wodurch ganz klar wird, daß die Römer der Savigny'schen Verwechselung zwischen Besitz und Interdiktenrecht ganz fern gestanden haben.[11])

Aber trotzdem der Erbschaft und dem Erben Besitz abgesprochen werden muß, weil er durch den Tod des Erblassers aufgehoben und noch nicht neu erworben ist, unterliegt er keinem Zweifel, daß sich der Erbe eigenmächtig in den Besitz der Erbschaftssachen setzen kann. Aber diese Möglichkeit wird nicht garantirt durch die Rechtsmittel vorläufigen Besitzrechts, sondern abgesehen von den interdicta adipiscendae possessionis nur durch die Rechtsmittel definitiven Rechts, und nur die in der erst gedachten Weise garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft wird von den Römern Besitz genannt. Der Erbe hat nicht Besitz, aber das Recht sich in Besitz zu setzen.

Da nun der Tod des Erblassers den Besitz aufhebt, ohne ein anderes Recht als das des Erben zu erzeugen, ist diese Aufhebung zu seinen Gunsten so zu beurtheilen, als wenn sie ohne Recht erfolgt sei. Das Recht des Erben, sich in den Besitz zu setzen, erfreut sich zwar nicht der besitzrechtlichen Garantien vorläufigen Rechts, wohl aber der Garantien des definitiven relativen und absoluten Rechts.

---

[11]) Unrichtig behauptet daher Randa S. 390, daß die Erbschaft und der Erbe vor der Apprehension nur petitorische, nicht possessorische Rechtsmittel haben, wenn man darunter die Klagen vorläufigen Rechts versteht.

Trotzdem also der Erbschaft und dem Erben vor der Besitzergreifung Besitz fehlt, ist ihnen das relative Recht in keiner Weise abzusprechen. Schon von der publizianischen Klage heißt es in der l. 7 § 9 D. de P. A.:

haec actio et heredi et honorariis successoribus competit,[12]) und die hereditatis petitio ist, wie wir gesehen haben, die vollendetste Klage des relativen Rechts, indem der Erbe auf alle diejenigen Gegenstände eine Klage hat, welche der Erblasser nur zurückbehalten durfte, l. 19. § 2 de H. P. 5. 3:

veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem.

Gerade deshalb haben die Römer bei der hereditatis petitio die Natur der possessio pro possessore so genau bestimmt, um jeden Besitzer ex injusta causa und wenigstens auch den successor im schlechten Glauben zur Herausgabe zu nöthigen (l. 13 § 1 seq., l. 16 § 4 de H. P., l. 14 § 2 quod metus causa). Die hereditatis petitio ist aber keine Klage vorläufigen Rechts, weil dem Besitzer gegen sie der Einwand eigenen Rechts zusteht.[13])

Zuzugeben ist, daß hiermit, wie auch die l. 19 § 2 l. c. ausdrücklich sagt, das Prinzip der relativen Singularklagen bedeutend überboten ist. Die Römer aber waren zu einer derartigen Konstruktion gezwungen, gerade weil der Erbschaft Besitz und vorläufiges Rückforderungsrecht fehlte. Der Erblasser konnte die Eigenmacht abwehren und sich durch den Versuch der Rückkehr und den Protest ein vorläufiges Rückforderungsrecht verschaffen, die Erbschaft und der Erbe vor der Besitzergreifung waren hierzu nicht im Stande. Der Erblasser vertheidigte so durch Gewalt und ein besitzrechtliches Interdikt sein relatives Recht, das relative Recht des Erben, dem Gewalt und Interdikt nicht zu Gebote stand, mußte auf andere Weise geschützt werden. Hieraus ergiebt sich aber, wie unrichtig die Auffassung Ihering's ist. S. 87:

„Gerade an der hereditatis petitio bewährt sich, was der letzte Grund, die eigentliche vis agens des Besitzes ist: nämlich nicht

---

12) Auch das interdictum de precario ist eine Rückforderungsklage relativen Rechts und geht auf den Erben über, l. 8 § 1 D. de prec.:

quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur .....

13) In der l. 19 § 1 D. de H. P. wird sogar die Zulässigkeit der hered. pet. verneint, wenn die Einrede eigenen Rechts nicht gedacht werden kann.

„quodsi pro emtore usucapio pro herede impleta est, non veniet in hereditatis petitione, quia heres, id est petitor, eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori."

der Wille, sondern die Unentbehrlichkeit des Besitzes für das Eigenthumsrecht."

Die hereditatis petitio ist weder aus dem Besitze oder einer Besitzidee, noch aus dem Eigenthumsrechte hervorgegangen, sie ist, soweit sie hier interessirt, ein relatives Rückforderungsrecht, welches vom Besitze ebenso unterschieden ist, wie vom Eigenthume. Sie ist gerade um deshalb über die Grenzen der relativen Singularklagen ausgedehnt, weil die Erbschaft Besitz und vorläufiges Rückforderungsrecht aus dem gewaltsam aufgehobenen Besitze nicht hat und nicht haben kann. Richtig ist, daß diese besondere Ausdehnung jetzt überflüssig geworden ist, da sie in der Spolienklage zum allgemeinen Prinzip erhoben worden.

Wenn aber auch der Erbschaft und dem Erben vor Besitznahme der Erbschaftssachen Entschädigungsklagen aus dem bloßen Besitze, also z. B. gegen den Eigenthümer, der seine eigene Sache zurücknimmt, nicht zustehen, so sind ihnen die Schadenersatzklagen aus dem definitiven absoluten und relativen Rechte nicht zu versagen. Aus diesem Grunde ist das interdictum quod vi aut clam, das nach der l. 16 pr. l. c. auch aus dem definitiven Interesse gegeben wird, begründet, l. 13 § 5 D. 43. 24:

> et recte dicetur, heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive antequam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.

Ebenso die actio ex lege Aquilia, l. 43 D. 19. 2. Ob die actio furti sich begründen läßt, ist zweifelhaft [14]), man wird den anscheinenden Kon-

---

[14]) Die l. 1 § 15 D. si is, qui test. 47. 4 handelt ihrem ausdrücklichen Wortlaute nach nur vom furtum possessionis, und leugnet dann den Diebstahl an der Erbschaftssache, weil die Erbschaft keinen Besitz hat. Die Erbschaft gilt aber in Bezug auf sämmtliche definitiven Rechte als Persönlichkeit und daher sagt derselbe Ulpian in demselben Fragmente, l. 1 § 1 l. c.:

> „quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae."

Die Klage des 4. Titels des 47. Buches ist substituirt der wegen des Sklavenverhältnisses defizirenden actio furti, also muß diese doch sonst anwendbar gewesen sein, l. 1 § 10 eodem.

Die l. 68 D. de furtis leugnet das furtum rei hereditariae, die l. 70 eodem hält die actio furti aber schon aus dem Interesse an der Usukapion für begründet:

> idcircoque heredi quoque actionem furti competere posse.

Die l. 14 § 14 eodem giebt dem Erben die actio furti nicht wegen einer dem Erblasser geliehenen Sache und mit Recht, da die Erbschaft weder Besitz hat, noch der Erbe ein Interesse. Aus dem definitiven Interesse wird aber die Klage immer selbst ohne Besitz zugelassen: „tamen alii, cujus interest, acquiritur." Am besten lassen sich für die Annahme der Unzulässigkeit der actio furti überhaupt die l. 2 § 1 und l. 6 D. exp. hered. 47. 19 verwerthen. Aber Ulpian, der ja bei dieser Annahme

flikt der Stellen am besten wohl dahin zu lösen haben, daß sie sich zwar nicht auf den bloßen Besitz, den die Erbschaft nicht hat, und ebenso wenig auf die bloße Okkupation der besitzerlosen Sache, wohl aber auf das definitive Recht, das ihr zusteht, stützen lasse, wenn dem besitzergreifenden Erben die Sache nicht herausgegeben wird, zumal auch Justinian das Prinzip der actio furti ganz allgemein dahin wiedergiebt:

> talis dispositio in furti actione jam dudum veteribus legibus definita est, dicentibus: Si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur (l. 11 C. unde vi),

und in der That auch die klassischen Juristen die Klage nicht bloß auf Grund des Besitzes, sondern auch des definitiven Interesses allein zugelassen haben. [15])

Als singuläres Recht haben die Römer es zugelassen, daß die Usukapion auch nach dem Tode des Erblassers fortläuft und vor dem Antritte der Erbschaft vollendet wird, l. 44 § 3 D. de usurp., l. 20. 40 eodem, l. 30 § 4 de poss. Dieses singuläre Recht findet seine Begründung darin, daß der Besitzverlust durch den Tod des Erblassers das Recht des Erben zurückläßt, sich in Besitz zu setzen, daß es ein Besitzverlust ohne entgegentretenden Besitzerwerb eines Dritten ist. Dabei wurde darüber gestritten, ob die Okkupation eines Dritten, z. B. namentlich eines nur vermeintlichen Erben die Ersitzung unterbrechen sollte, weil ja die Universalsukzession ein volleres Recht gäbe, und namentlich das Recht sich in Besitz zu setzen und das relative Recht, an welches man die Usukapion, wie wir gesehen haben, füglich auch ohne Besitz anlehnen kann, überträgt. Diese Frage wurde aber von der herrschenden Schule, die den Zusammenhang zwischen Besitz und Usukapion nicht ganz aufopfern wollte, verneint, l. 13 § 4 de poss.:

> quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius

---

mit sich selbst (l. 1 § 1, l. 1 § 10 D. 47. 4) in Konflikt gerathen müßte, beabsichtigt nur, den Zeitmoment zu fixiren, für welchen die actio furti ausgeschlossen ist, daß sie nicht angestellt werden kann vor Antritt der Erbschaft und der Besitzergreifung von der Erbschaft überhaupt, daß die actio furti erst in dem Momente begründet wird, wo der Okkupant die Sache dem besitzergreifenden Erben herauszugeben verweigert, Paulus will im Wesentlichen nur den Satz aussprechen, daß wo die objektiven Momente des furtum fehlen, es auf die subjektive Meinung nicht weiter ankommt. Darüber, wie weit sonst eine Unzulässigkeit der actio furti anzunehmen sei, sprechen sich beide nicht besonders aus.

[15]) l. 14 § 2 D., l. 71 § 1, l. 74. 85 de furtis, § 13 J. 4. 1.

est jus successionis, quam emtionis; sed subtilius est, quod in emtorem et in heredem id quoque probari.[16])

Es tauchte ferner der Zweifel auf, ob wenn der Usukapient in der Gefangenschaft starb, die Usukapion für fortdauernd erachtet werden müßte. Allerdings wird auf Grund der lex Cornelia und der l. 18 de capt. 49. 15 die Erbschaft als im Momente der Gefangennahme deferirt angesehen, aber die Fortdauer der Usukapion beruht doch nur auf singulärer Rechtsbestimmung, und aus der Persönlichkeit der Erbschaft folgt weder sie, noch der Besitz. Dies dürfte der Inhalt der viel kommentirten l. 15 D. de usurp. sein, deren Zusammenhang uns folgender zu sein scheint. Die fortdauernde Usukapion der Sachen, welche der in der Gefangenschaft verstorbene Römer selbst besaß, ist undenkbar, da er sie selbst nicht einmal ex jure postliminii erwerben würde.[17]) Wenn nun aber ein Sklave des gefangenen Römers etwas gekauft hat, so vollendet sich die Usukapion zu Gunsten des Zurückkehrenden ex jure postliminii, ob das Gleiche auf Grund der lex Cornelia zu Gunsten des Erben anzunehmen ist, bleibt dennoch zweifelhaft, wie auch Julian hervorhebt. Die Zweifelsgründe sind nämlich folgende: Wenn man die lex Cornelia für anwendbar erklären würde, müßte sie sich offenbar auch auf diejenigen Sachen beziehen, welche der Erblasser zur Zeit der Gefangenschaft selbst besaß, und dann würde sich in der That das sonderbare Resultat ergeben, daß der Erbe mehr Rechte hat, als der Zurückkehrende selbst. Andererseits wurde erwogen, daß die fortdauernde Usukapion selbst nur ein singuläres Rechts-

---

[16]) Auf diese Stelle wird vielfach die Meinung gestützt, daß sich die Usukapion während der ruhenden Erbschaft nur unter der Bedingung vollendet, daß der Erbe zuerst den Besitz ergreift. Doch ist dagegen zu erwägen,

a. daß es sich von selbst versteht, daß der besitzende Erbe sich der accessio aus der Person des Erblassers bedienen kann, und daß es dazu eines singulären Rechtssatzes nicht bedurft hätte,

b. daß die zitirten Stellen und namentlich auch l. 6 § 2 D. pro emtore dieser Ansicht direkt entgegenstehen,

c. daß die l. 13 § 4 de poss. von einer Interruption spricht, diese aber nur vor vollendeter Usukapion denkbar ist.

[17]) l. 19 ex quib. caus. maj. 4. 6. Dagegen usukapirte der gefangene Römer ex jure postliminii diejenigen Sachen, welche sein Sklave oder Hausſohn erwarb, l. 29 de capt. 49. 15, l. 44. § 7 de usurp., l. 23. § 3 ex quibus causis majores. Marcellus dehnte aber die Fiktion des postliminium auch auf diejenigen Sachen aus, welche der Gefangene selbst besaß, seine Meinung wurde aber von der herrschenden Schule verworfen, l. 12. § 2 de captivis:

> Marcellus, nihil interesse, ipse possedisset, an subjecta ei persona, sed Juliani sententiam sequendum est. (Conf. auch die Erwähnung dieser Meinung des Marcellus in der l. 15 D. de usurp.)

inſtitut ſei und aus der von dem Momente der Gefangenſchaft beginnenden Perſönlichkeit der Erbſchaft noch nicht folge. Marcellus meine nun freilich, daß man die Fiktion des Poſtliminiums ſelbſt voller faſſen könne, denn der Zurückkehrende ſelbſt könne unmöglich mehr Rechte an demjenigen haben, was die Sklaven erworben haben, als an dem, was er ſelbſt beſaß. Damit würde ſich der erſte Theil des Zweifelsgrundes heben,[18]) aber dennoch bliebe er in der Hauptſache beſtehen, denn es ſei rezipirter Rechtsgrundſatz, daß die Erbſchaft nur in gewiſſer Beziehung Perſönlichkeit habe, und daraus (aus der Perſönlichkeit derſelben) noch nicht Beſitz und Uſukapion zu folgern ſei.[19]) Durch dieſe Interpretation gewinnt die Stelle einen logiſchen Zuſammenhang und einen beſtimmten Abſchluß.[20])

Gewöhnlich nimmt man an, daß die vorgetragenen römiſchen Grundſätze durch das germaniſche Recht geändert ſeien. Der Erbe ſoll mit dem Tode des Erblaſſers in das geſammte Recht ſukzediren, und wie

---

[18]) Julian theilt dieſe Anſicht des Marcellus nicht (l. 12. § 2 de capt.) und daher bleibt für ihn auch der erſte Zweifelsgrund beſtehen. Paulus ſpricht ſich über denſelben nicht weiter aus, da er ſchon den zweiten für durchſchlagend erachtet.

[19]) Iſt dagegen der erwerbende filius familias in dem Naturalbeſitze, ſo wird Beſitz und Uſukapion angenommen, l. 42 § 7 de usurp.:

et possedisse sibi, et usucepisse intelligi.

[20]) Es dürfte ſich empfehlen, unſerer Darſtellung über die Rechtsverhältniſſe der hereditatis jacens die römiſchen Grundſätze über das postliminium gegenüberzuſtellen:

a. der kriegsgefangene Römer hatte unter keinen Umſtänden Beſitz, l. 11 D. de usurp.:

neque servus, neque per servum dominus, qui apud hostes est, possidet. l. 19 D. ex quib. caus. 4. 6, l. 23. § 2 de poss.

b. er hat in Folge deſſen auch kein vorläufiges Rückforderungsrecht,

c. dagegen ſteht ihm ein relatives Rückforderungsrecht zu, indem er gegen den ex injusta causa Beſitzenden reſtituirt wird, l. 23 § 2 ex quib. caus.:

item ei, qui per captivitatem fundi possessionem, vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait.

(Dieſen Grundſatz hat Juſtinian, wie wir geſehen haben, in l. 11 C. unde vi auf die vacua possessio jedes Abweſenden ausgedehnt).

Die Rechtsverhältniſſe zu a. b. c. ſind dieſelben, wie bei der ruhenden Erbſchaft.

d. Der kriegsgefangene Römer uſukapirte die Sache, welche Sklaven und Hausſöhne für ihn erwarben, nicht diejenigen, welche er ſelbſt zur Zeit der Gefangenſchaft beſaß. Hätte man hier die lex Cornelia zu Gunſten des Erben angewendet, ſo würde dieſer ſämmtliche Sachen uſukapirt haben. Dieſer Konflikt der Rechtsſätze wird in der l. 15 D. de usurp. zu Ungunſten des Erben, dem die überhaupt ſinguläre Uſukapion ganz abgeſprochen wird, gelöſt. Daß dies übrigens die Meinung des Julian ſei, folgt auch aus den Worten:

„in pendenti esse usucapionem.“

Der postliminio reversus uſukapirt unter Umſtänden, der Erbe nie. Ob aber der Kriegsgefangene zurückkehren wird oder nicht, iſt eine noch ſchwebende Frage.

man daraus schließt, auch unbedingt in den Besitz. Selbst Savigny meint, S. 324, daß mehrere neue Gesetzgebungen bei Erben überhaupt sehr inkonsequent das Gegentheil vom römischen Rechte bestimmt haben, und das Gegentheil vom römischen Rechte scheint ihm in der berühmten Rechtsparömie zu liegen: Le mort saisit le vif. (Dagegen Randa S. 392 Note 11). Auch wir halten den oben angegebenen Schluß und eine etwaige derartige Bestimmung des Gesetzgebers für durchaus unlogisch. Es liegt nichts weiter vor als eine Verwechslung der Begriffe des Besitzes und des Rechts, sich in den Besitz zu setzen.

Der Tod des Erblassers kann höchstens an Stelle der römischen aditio getreten sein, die zwar das universum jus (das definitive Recht), nicht aber den Besitz auf den Erben übertrug. Selbst der heres suus des römischen Rechts, dem der Erbe nach germanischem Rechte etwa gleichgestellt sein dürfte, erwarb ohne Weiteres den Besitz nicht.

Auch die moderne Rechtswissenschaft, wenn sie nicht anders ganz aus den Fugen gehen will, hat es festzuhalten, daß sich die Sukzession in den Besitz nur durch Tradition, Besitzergreifung und Willenserklärung des veräußernden Besitzers vollziehen kann. Es ist ja auch jetzt Niemand da, der durch seinen Willen das corpus dem Erben dienstbar machen sollte. Selbst nach germanischer Vorstellung ist es ferner undenkbar, daß die Erbschaft oder der nicht besitzende Erbe auf die Sache einwirken und fremde Einwirkung abwehren kann. Der Prätendent der Erbschaft oder eines Singularrechts findet auch in der Gegenwart Niemand sich gegenüber, den er verklagen könnte, so daß es als ein logischer Widerspruch erscheint, ihn auf die Klage des mittelbaren Rechts zurückzudrängen und ihm nicht die eigenmächtige Besitznahme zu erlauben. Wer eigenmächtig, wo möglich im guten Glauben, die Erbschaft oder Erbschaftssachen ergreift, haftet auch gegenwärtig nicht dem interdictum unde vi oder interdictum uti possidetis des Erben. Wir glauben es aussprechen zu müssen, daß allein das römische Recht sich innerhalb der Rechtskonsequenz gehalten hat, indem es die Bedingung aufstellte, daß der Erbe den Besitz der Erbschaftssachen zuerst ergreifen müßte.

Dagegen dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Erben die allgemeine Rückforderungsklage des relativen Rechts nach den Grundsätzen der actio spolii zusteht, zumal schon die Römer denselben Rechtserfolg durch die hered. petitio erreicht haben.

Wenn man endlich die usucapio an das relative Recht anlehnt, so ist klar, daß sie selbst dadurch nicht mehr unterbrochen wird, daß sich ein Erbschaftsprätendent oder ein Dritter vor dem Erben der Erbschaftssache bemächtigt, sondern nur dadurch, daß der Berechtigte den Besitz

zurück erlangt. Die Meinung vieler römiſcher Juriſten, welche in der l. 13 § 4 D. de poss. noch ausdrücklich reprobirt wird, dürfte damit zum Siege gelangt ſein.

Es ergiebt ſich aber hieraus, wie ſo viele Germaniſten und Romaniſten zu der Behauptung geführt ſind, daß der Tod des Erblaſſers auch den Beſitz auf den Erben unbedingt übertrage. Beſitz hat der Erbe in der That nicht, und ebenſo wenig die Garantien vorläufigen Beſitzrechts. Die Möglichkeit, ſich in den Beſitz zu ſetzen, wird ihm garantirt durch die Rechtsmittel definitiven Rechts. Man hat ſich aber daran gewöhnt, den römiſchen Beſitzbegriff zu verflüchtigen, und ſpricht ſchon dann von Beſitzerwerb, wenn dem Erwerber die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken und ſich in den körperlichen Beſitz zu ſetzen, durch Rechtsmittel definitiven Rechts garantirt wird. Zu dieſer Anſchauung kann man um ſo leichter geführt werden, wenn man eine Rechtsentwicklung, wie die altgermaniſche im Auge hat, bei der die Rechtsmittel vorläufigen Rechts noch weniger ausgebildet ſind, und ſo wird es denn erklärlich, wie man in der unter Umſtänden in der Auflaſſung liegenden Ermächtigung den Beſitz zu ergreifen und in der Univerſalſukzeſſion einen Beſitzerwerb erblicken kann. Ganz charakteriſtiſch iſt es eben, daß Ihering in der hered. petit. die Verwirklichung der Beſitzidee findet, trotzdem ſie ein Forderungsrecht, alſo das Gegenſtück des Beſitzes bleibt.

Da andrerſeits der Beſitz durch den Tod des Erblaſſers ohne Rechtsvernichtung aufgehoben wird, kann man es ſo anſehen, als ſei ſofort der Beſitz des Erben ohne Gewalt aufgehoben. Von einem Beſitz der Erbſchaft oder des Erben kann aber vor der Beſitzergreifung keine Rede ſein.

Allerdings geht die moderne Vorſtellung dahin, daß der Erbe mit dem Tode in das geſammte Recht des Erblaſſers eintritt, aber für den Beſitz gilt dies doch nur unter der Bedingung, daß er ihn zuerſt ergreift. Die Römer ſtellten ſich die Univerſalſukzeſſion ſo vor, daß der Erbe durch den Antritt und die Beſitzergreifung erſt das universum jus und den Beſitz erwarb, und datirten demnächſt die Wirkungen dieſer Rechtshandlungen[21]) auf den Tod des Erblaſſers zurück. Bei beiden Vorſtellungen muß aber die Bedingung des Beſitzerwerbes dieſelbe bleiben.

---

[21]) Dies gilt theilweiſe auch für den Beſitzerwerb, l. 30 pr. D. 4. 6: „quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur.

§ 20. Ausschließlichkeit des Besitzes.

Die herrschende Theorie lehrt, daß im Begriffe des Besitzes das Moment der Ausschließlichkeit liege, ein solidarischer Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache (compossessio plurium in solidum) begriffsmäßig ausgeschlossen sei. L. 5 § 15 D. commodati: Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; l. 3 § 5 de poss. (Randa S. 399).

Die Richtigkeit dieses Axioms folgt auch aus unserem Besitzbegriffe. Es ist absolut undenkbar, daß zwei zu gleicher Zeit auch nur vorläufig berechtigt sein sollten, ausschließlich auf die Sache einzuwirken und jeder also auch einer den andern von der Sache abzuwehren:

> non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Das vollständige Recht körperlicher Herrschaft kann begriffsmäßig nur ein einheitliches sein.

Dagegen würde der Rechtssatz geradezu falsch sein, wenn man den Besitz als ein bloßes Faktum auffassen würde, denn es ist sehr wohl möglich, daß zwei Personen selbst mit dem sogenannten Eigenthumswillen auf ein Grundstück einwirken. Daher wird auch die Ausschließlichkeit des Eigenthums und Besitzes in Parallele gestellt. l. 3 § 15 D. commodati.

Dennoch ist das Axiom mit äußerster Vorsicht anzuwenden:

> Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere et eum, qui precario acceperit,

und diese Auffassung des Sabinus wird nach dem Wortlaute der l. 3 § 5 D. l. c. weder von Labeo noch von Paulus getadelt, indem sich der ausgesprochene Tadel vielmehr nur auf eine andere Meinung des Trebatius bezieht. Die Ansicht des Sabinus ist auch sonst vertreten. Ulpianus l. 4 § 1 de prec.:

> meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere.

Pomponius l. 15 § 4 eodem:

> placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione. [1])

[1]) Savigny meint S. 183, die Kompilatoren seien so inkonsequent gewesen, die Meinung des Sabinus wieder aufzunehmen. Aber nicht einmal Labeo und Paulus tadeln in der l. 3 § 5 D. de poss. die Meinung des Sabinus direkt.

Und in der That behielt ja auch der precario rogatus das Recht eigenmächtiger Einwirkung, er konnte sich ohne Weiteres wieder in den natürlichen Besitz der Sache setzen, ohne erst den Prekaristen um Erlaubniß zu fragen oder seinen Konsens im Wege des Prozesses ergänzen zu lassen. Dies Recht behielt er, wie die l. 15 § 4 de precario sagt, aus dem Grunde zurück, weil er beim Abschluß des Prekariums gar nicht die Absicht hatte, es aufzugeben, vielmehr selbst der Prekarist sich diesem Recht eigenmächtiger Rücknahme unterwarf. Nach vorjustinianischem Recht haftete der precario rogatus nicht einmal dem interdictum unde vi, wenn er den Prekaristen dejizirte, da ihm die exceptio vitiosae possessionis zustand. Er hatte also selbst das Recht der Gewalt, doch ist dies von Justinian aufgehoben.

Aber das Recht des precario rogatus, die Sache zurückzunehmen und auf sie einzuwirken, war doch nur gedeckt durch Rechtsmittel definitiven Rechts. Ihm war das interdictum unde vi nicht gegeben, wenn er nicht zugelassen wurde, und das interdictum uti possidetis konnte überhaupt nicht zur körperlichen Wiedererlangung des Besitzes verwendet werden. Dem precario rogatus stand nur das interdictum de precario zu, eine Klage definitiven wenn auch relativen Rechts, gegen welche die Einrede eigenen Rechts gegeben war. l. 4 § 3, l. 7 D. de precario.

Daher scheint es nach römischer Auffassung richtiger, dem precario rogatus Besitz abzusprechen, und scheint Paulus in der l. 3 § 5 D. de poss. sich dieser Meinung zugeneigt zu haben. Das Recht des precario rogatus, den Besitz zurückzunehmen, ist noch nicht der Besitz selbst.[1a]) Dagegen konnte der Prekarist, vorausgesetzt, daß der precario rogatus seinen Willen nicht widerrief, ebenfalls ohne Weiteres auf die Sache einwirken und ebenfalls einen jeden von der Sache in seinem Interesse abwehren, er hatte das interdictum unde vi gegen jeden, selbst gegen den precario rogatus, nur konnte er das interdictum uti possidetis gegen ihn nicht gebrauchen. Man kann hiernach den Besitz des Prekaristen in gewisser Beziehung als einen relativen bezeichnen.

b) Trebatius meinte aber ferner, es könne der Eine aus einer gerechtfertigten, der Andere aus einer ungerechtfertigten Ursache besitzen, und diesen tadelt Labeo ausdrücklich, weil es in dem, was beim Besitze die Hauptsache sei, nicht viel darauf ankomme, ob man aus einer gerechtfertigten oder ungerechtfertigten Ursache besitze. Aber Labeo sagt nicht, daß es beim Besitze überhaupt nicht auf die causa ankomme, sondern

---

[1a]) Es wird also bei dieser Lehre schon von einzelnen Römern das Recht, sich in den Besitz zu setzen, mit dem Besitze selbst verwechselt.

nur, daß nicht viel darauf ankomme, und darauf wäre u. E. die herrschende Ansicht zurückzuführen, wenn sie sich des ausgesprochenen Beifalls des Paulus erfreuen will. Der gewaltsame Okkupant kann im Momente der Okkupation wieder dejizirt werden, der Besitzer wird ihm gegenüber nicht sofort auf die Klage zurückgedrängt[2]), derselbe vermag bei heimlicher Okkupation den Versuch der Rückkehr zu machen, und sich dadurch das interdictum unde vi zu verschaffen, und daher heißt es in der l. 46 D. de poss.:

tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

In dieser Weise besitzt der Vorbesitzer noch gegenüber dem Okkupanten, dieser ihm gegenüber aber nicht. Dagegen unterliegt es gar keinem Zweifel, daß auch der Okkupant dem Dritten gegenüber besitzt, l. 53 de poss., daß er von diesem nicht eigenmächtig dejizirt werden kann, ihn vielmehr straflos abwehren darf. Diese Gedanken entwickeln in der l. 6 § 1 D. de poss. ganz folgerichtig Ulpian und Labeo. Zunächst heißt es vom heimlichen Okkupanten:

videri eum clam possidere, Labeo scribit.

Der Besitz des heimlichen Okkupanten wird also an sich zugegeben, aber gerade aus der Heimlichkeit des Besitzes wird von Labeo und Ulpian gefolgert, daß er seinem Vormanne gegenüber noch nicht besitzt:

retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit.

Durch diese Konsequenzen wird aber das an die Spitze gestellte Prinzip keineswegs aufgehoben. Es bleibt dabei, daß auch vorläufig von Zweien immer nur Einem das Recht vollständiger körperlicher Herrschaft zuzusprechen ist, dadurch wird aber nicht verhindert, daß der Eine Jeden ohne alle Ausnahme, der Andere zwar Jeden jedoch mit Ausnahme dieses Einen abzuwehren vermag, daß die besitzrechtlichen Garantien gegen den Einen zustehen, gegen den anderen versagen. Mit anderen Worten: es giebt einen absoluten und relativen Besitz.[3]) In letzterer Weise besitzen gewaltsamer und heimlicher Okkupant, die einen Jeden, nur nicht ihren Vormann gewaltsam zurückzudrängen vermögen, ferner der Prekarist, dessen

---

[2]) Daß schon Trebatius die s. g. rekuperatorische Wirkung des interdictum uti poss., also ein Recht der Nichtbesitzer im Auge gehabt haben sollte, ist wohl wenig wahrscheinlich.

[3]) Die Relativität eines jeden Rechts verkennt Savigny, wenn er S. 171 die in Rede stehende Frage dahin formulirt:

„Ist possessio mehrerer Personen an derselben Sache möglich?"

Dieselbe ist sehr wohl möglich, aber nur so, daß sie dem Einem absolut, dem Anderen relativ zusteht.

interdictum uti poss. gegen den precario rogatus versagt. Das Prinzip der Unzulässigkeit eines solidarischen Mitbesitzes wird dadurch vollständig gewahrt, daß im Falle der Kollision der absolute Besitz den relativen vollständig aufhebt[4]), und beim Streite der eine sich stärker erweist, als der andere.

Ganz abwegig erscheint es uns aber zu sein, die Natur des solidarischen Mitbesitzes darin zu suchen, daß dem Einen wirklicher Besitz, dem Anderen ein s. g. possessorisches Recht, also ein vorläufiges oder definitives aber relatives Rückforderungsrecht zustehen kann. Besitz und Rückforderungsrecht ist eben etwas durchaus verschiedenes. Alle Rückforderungsrechte bekämpfen den Besitz, und dieser steht ihnen feindlich gegenüber. Dagegen ist es richtig, daß die mittelalterlichen Juristen alle Rückforderungsrechte abgesehen von der Eigenthumsklage unter dem Begriffe der possessio, quae jure consistit, verstanden haben[5]), und hieraus ist nun die vollständige Verwirrung der Rechtsbegriffe geflossen, in der Besitz und Rückforderungsrecht direkt in einander übergehen. Savigny hat diese Verwechselung wenigstens bis auf die zwischen Besitz und Interdikt eingeengt, Ihering aber hat den mittelalterlichen Ideen wieder vollständig Thür und Thor geöffnet.

Endlich aber kann es vorkommen, daß in dem Prozesse über das vorläufige Recht beide Gegner gleichzeitige Besitzhandlungen beweisen, die sie beide als vollständige Besitzer erscheinen lassen. Wenn nun freilich dem einen der Nachweis gelingt, daß der andere vi oder clam von ihm besitze, so wird er siegen, kann aber dieser Beweis von keinem geführt werden, so ist klar, daß der Streit aus dem Besitze oder vorläufigen Rechte gar nicht entschieden werden kann.[6]) Die Parteien haben gegeneinander die Klage des definitiven Rechts anzustellen, und erst aus diesem judicium, das nun nothwendiger Weise selbst ein duplex werden muß,

[4]) Julian führt daher mit vollem Rechte in der l. 19 D. de prec. aus, daß zwei possessiones justae oder injustae zusammen nicht gedacht werden können, daß vielmehr immer eine der anderen gegenüber als gerechtfertigt angesehen werden muß:

„nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt."

Die Kontroverse, welche Savigny S. 173 zwischen Labeo und Paulus auf der einen Seite, Trebatius, Sabinus und Julian auf der anderen Seite konstruirt, scheint daher überhaupt nicht vorhanden zu sein.

[5]) In dieser Weise identifiziren übrigens auch die Römer die Sache und die actio, l. 15 D. de R. J.:

Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. l. 143 D. de V. S., l. 17 pr. de poss.

[6]) Das kanonische Recht will sich mit diesem negativen Resultate nicht begnügen, da aber eine Entscheidung aus dem bloßen Besitze und den Erfordernissen des vor-

indem keine der anderen die Besitzvortheile entgegenstellen kann, wird der Besitz einer Partei definitiv zugesprochen. Diesen Fall behandelt Ulpian in der l. 3 pr. D. de poss.:

> si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

Unrichtig erscheint die Interpretation, welche Savigny nach Cujacius Observ. IX. 31 dieser Stelle giebt.[7]) Ulpian soll beabsichtigen, die Meinung des Trebatius von einer possessio plurium in solidum ad absurdum zu führen, und in den Worten: si quis proponeret ... dieselbe auf einen Augenblick für wahr annehmen. Trebatius soll nämlich nach Savigny den Besitz des Dejektus fortdauern lassen. Wenn daher der Beklagte von einem Dritten dejizirt worden wäre und dieser wieder vom Kläger, so würde sich nach der Meinung des Trebatius der Prozeß nicht entscheiden lassen, weil beide Parteien noch besitzen und der Kläger nicht gewaltsam unmittelbar vom Beklagten. Nach der richtigen Ansicht des Ulpian soll der Kläger siegen. Bei dieser Interpretation wird dem Trebatius die Ungeheuerlichkeit zugemuthet, einen Besitz des Nichtbesitzers anzunehmen, und die unrichtige Ansicht zu Grunde gelegt, daß das interdictum uti poss. überhaupt ein interdictum recuperandae possessionis sei. Ulpian sagt ferner im Anfange des Gesetzes: si duo possideant in solidum, setzt also augenscheinlich die Möglichkeit eines Solidarbesitzes voraus. Mit den Worten: „si quis proponeret" werden nur die einzelnen zu entscheidenden Fälle eingeleitet. Der Schlußsatz soll nach Savigny heißen:

> „Dann würde der Prozeß gar nicht zu entscheiden sein, nämlich nach der hier vorausgesetzten Meinung des Trebatius: anders nach der Meinung des Ulpian."

Ulpian erklärt doch aber selbst ganz kategorisch: in dem gegebenen Falle wird keiner von uns besiegt werden[8]), weil wir beide besitzen, und dieser

---

läufigen Rechts begrifflich unmöglich ist, werden Momente hineingezogen, die sonst nur für das definitive Recht von Bedeutung sind, l. 9 X de prob.:

> nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto Uti possidetis, ut dicere debeamus, Uti possidetis, ita possideatis: quum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior ....

[7]) Meischeider S. 91 interpretirt ebenso wie Savigny.

[8]) Die Lesart „vincetur" stützt sich auf die Autorität der Florentina und der Mehrzahl der Manuskripte. Savigny liest „vinceretur", was allerdings seiner Auffassung mehr entsprechen würde.

Ausspruch hat auch vollständig die Vernunft für sich, denn wie sollte der Richter dazu kommen, dem Einen vorläufig den Besitz zuzusprechen, wo beide Parteien gleichzeitige Besitzhandlungen dargethan haben, und nicht erwiesen ist, daß der Eine vom Anderen vi oder clam besitzt. Der Besitz könnte doch höchstens bis zum definitiven Austrag der Sache sequestrirt werden.[9])

Auch die l. 3 pr. D. de poss. hebt aber keineswegs das Axiom auf, daß das vollständige Recht physischer Einwirkung und physischer Abwehr nur Einem von Zweien zustehen kann. Der Besitz läßt sich nur nicht nachweisen, und erst das definitive Recht entscheidet, wer als Besitzer zu gelten hat.

Die Unmöglichkeit solidarischen Mitbesitzes verhindert also nicht,

a) daß der Besitz dem Einen absolut, dem Anderen relativ zusteht,
b) daß der Eine wirklichen Besitz, der Andere ein s. g. possessorisches Recht hat,
c) daß beim Nachweise gleichzeitiger Besitzhandlungen die Parteien auf die Klage des definitiven Rechts verwiesen werden.

Es braucht schließlich wohl kaum darauf hingewiesen zu werden, daß die Vollständigkeit des Besitzes wie des Eigenthums die Konstruktion beschränkter Rechte nicht ausschließt. Die l. 3 D. uti poss. hat es offenbar in allen ihren Paragraphen zu ihrer besonderen Aufgabe, die Grenzen der entgegenstehenden Besitzrechte zu regeln.

---

§ 21. Mitbesitz.

Die herrschende Theorie führt mit Recht aus, daß ein Mitbesitz einzelner Mitglieder einer Gemeinschaft an derselben Sache nur dann denkbar sei, wenn die einzelnen Theile real oder ideal feststehen, l. 26 de poss.:

> locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa: incerta autem pars nec tradi[1]), nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: quiquid mei juris in eo fundo est, nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest.

l. 32 § 2 D. de usurp.

---

[9]) In der ganzen l. 3 D. de poss. ist von den Fällen die Rede, wovon von beiden Seiten Besitz in Anspruch genommen wird.

[1]) Pomponius nimmt in der l. 26 l. c. mit Recht an, daß auch eine Idealtheilung pro indiviso eine physische Einwirkung des einen Sozius wenigstens insofern zulasse, als er die Sache zu einem aliquoten Antheile übergeben kann.

Das Recht körperlicher Einwirkung eines Jeden ist dann gemäß der Theilung beschränkt, und wird, wenn nicht bestimmte Realbefugnisse ausgemacht sind, auf das Recht der Tradition reduzirt.

Nichtsdestoweniger befindet sich die herrschende Lehre ihrer eigenen Theorie und den römischen Aussprüchen gegenüber in der peinlichsten Verlegenheit. Da ja Besitz und Interdiktenrecht identisch gesetzt wird, so ist die nothwendige Konsequenz die, daß die Sozien, welche nicht besitzen, ein Interdiktenrecht weder gegen einander noch gegen Dritte haben. Diese Konsequenz aber — man denke nur an gemeinschaftliche Okkupanten und Miterben, die sich ihrer Quoten nicht bewußt sind, — widerspricht so sehr den Erfordernissen des praktischen Lebens, daß sie auf irgend eine Weise zu beseitigen gestrebt wird. Randa sagt S. 419:

> „Keiner von ihnen kann gegen den Anderen die Besitzklagen gebrauchen, denn keiner von ihnen besitzt; . . . es versteht sich aber, daß sie einzeln oder gemeinschaftlich gegen Dritte die Besitzklagen gebrauchen können, sofern sie sich (selbstverständlich vor der Störung) auch nur vorübergehend über ihre Besitzantheile einigen."

Wenn freilich Sozien sich über ihre Antheile einigen, so besitzen sie ja pro diviso oder indiviso nicht bloß gegen Dritte, sondern auch gegen einander, so daß die Randa'sche Gegenüberstellung uns nicht recht verständlich ist, wahrscheinlich liegt ihr der klarere Gedanke Windscheid's zu Grunde, daß Sozien, denen der Besitz abgesprochen wird, zwar gegen Dritte, aber nicht gegen einander die Interdikte haben. Aber auch so bleibt es eine doppelte Inkonsequenz, erst Besitz und Interdiktenrecht zu identifiziren, dann das letztere zuzusprechen, wo der erstere abgesprochen wird, und dennoch ohne Motivirung auch hiervon wieder Ausnahmen zu machen.

Savigny selbst hält es S. 262 Nr. 4 für eine bloße Subtilität, wegen Mangel des Besitzes auch die Interdikte abzusprechen, er findet es viel natürlicher, jeden zur Hälfte als Besitzer anzusehen, und nimmt wenigstens an, daß die Sozien gemeinschaftlich die Interdikte haben. Ein Belag für diese Auffassung wird in der berühmten l. 32 § 2 D. de usurp. gefunden, in welcher die Meinung des Labeo, daß keiner der Sozien besitze, als eine bloße Subtilität getadelt werden soll. Wenn aber nach der Vorstellung der Römer Besitz und Interdiktenrecht identisch gewesen sind, so muß es Staunen erwecken, wie ein Jurist deshalb als spitzfindig getadelt werden kann, daß er den Begriff richtig und konsequent anwendet. Gerade damit, daß Savigny die Nichtanwendung seines Besitzbegriffes für natürlicher erklärt, als seine Anwendung, hat er ihn in unseren Augen selbst gerichtet.

Besitz und Interdiktenrecht sind aber nicht zu verwechseln. Daraus, daß den Sozien, die nicht zu bestimmten Theilen besitzen, Besitz überhaupt abgesprochen wird, keiner von ihnen also eigenmächtig auf die Sache einwirken darf, folgt gar nicht, daß sie nicht die Interdikte gegen einander gebrauchen können, sondern umgekehrt, daß, da sie nur in ihrer Gesammtheit auf die Sache einwirken sollen, sie sowohl gegen einander, wie gegen Dritte die Interdikte haben, indem die eigenmächtige Einwirkung auf die Sache jedem unbedingt untersagt ist.[2]) Den einzelnen Sozien wird das Recht der Abwehr, nicht das der körperlichen Herrschaft in positiver Beziehung gewährleistet, indem sich so das Besitzrecht in seine beiden Bestandtheile zersetzt. Bei jeder Gemeinschaft erweist sich die negative Seite des Rechts stärker, als die positive, l. 11 D. si servit. vind. 8. 5:

et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio.

Beim Besitze wird im Falle der l. 33 § 2 D. de usurp. die positive Seite des Rechts der einzelnen Sozien von der negativen derartig absorbirt, daß eben keiner der Sozien und zwar in keiner Beziehung auf die Sache einzuwirken vermag. Gerade darin liegt auch die von Pomponius gebilligte Rechtskonseqnenz und Feinheit des Ausspruches des Labeo, daß man von einem positiven Besitzrechte gar nicht mehr sprechen kann, wo die negative Seite desselben es vernichtet hat:

incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate[3]) possidere, Labeo scribit.

Daß aber die Römer den Sozien ohne jede Beschränkung aus dem gemeinschaftlichen Besitze und dem daraus resultirenden jus prohibendi der einzelnen Sozien die Interdikte gegeben haben, folgt nicht bloß aus der Natur der Sache, sondern aus ganz bestimmten Quellenzeugnissen,

l. 3 § 1 D. de O. N. N.:

plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo judicio, vel per Praetorem.

l. 13 § 3 D. Quod vi aut clam 43. 24:

si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest, quum ei competat, cujus interest.

---

[2]) In einem analogen Rechtsverhältniß steht der locus religiosus aut sacer. Er wird von Niemandem besessen, auch nicht vom früheren Eigenthümer, weil Niemand auf ihn physisch einwirken soll, l. 30 § 1 D. de poss. Aber gerade daraus folgt, daß er gegen Jeden durch Interdikt geschützt wird, lib. 43 Tit. 6. Nur Arbeiten zur Zierde und Erhaltung sind erlaubt.

l. 1 § 7 D. Uti poss.:

hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso[4]) possideat.

l. 27 § 1 de serv. praed. urb. 8. 2, l. 11 D. si servit. vind. 8. 5.

Nur insofern darf auch der Sozius auf die Sache positiv einwirken, als sich dies aus seinem bestimmten Theilrechte ergiebt, ferner aber auch insofern, als seine Handlung zur Erhaltung der Sache nothwendig ist. Daraus folgt, daß er in der Ausübung dieser positiven Befugniß auch nicht verhindert werden kann, ihm vielmehr zur Abhaltung der Störung das Interdikt zugesprochen wird, l. 12 D. comm. divid. 10. 3:

si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum inmittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto Uti possidetis experimur.[5])

Es ist in der That eine nicht zu billigende Interpretation des Aus-

---

[3]) Die Juristen streiten darüber, ob Pomponius die Meinung des Labeo tadelt oder nicht. Das erstere nimmt z. B. Savigny S. 262 Note 4 an, während Rudorff Num. 79 der gegentheiligen Meinung folgt. Es erscheint aber unmöglich, daß Pomponius die Meinung des Labeo getadelt haben sollte, weil er sie einmal als positives Recht vorträgt, zweitens sie in der l. 26 D. de poss. ohne Beziehung auf Labeo als seine eigene Meinung hinstellt.

Ob man nun aber die Stelle dahin übersetzt: Labeo sagt, daß nach der Rechtskonsequenz Niemand besitze, oder: Labeo sagt infolge von Rechtskonsequenz, daß Niemand besitze, erscheint für den Sinn vollständig unerheblich. Für die erstere Uebersetzung spricht die Wortstellung.

[4]) Die zweite Alternative muß auch den gemeinschaftlichen Besitz zu unbestimmten Antheilen umfassen, da ein Besitz zu einem bestimmten Idealantheil auch eine possessio pro certa parte ist.

Das Ober-Tribunal sagt in dem Erk. vom 16. Juni 1852 (Entsch. Bd. 18 S. 242): „Von mehreren Mitbesitzern kann auch ein Einzelner ohne Zuziehung der Uebrigen die Besitzstörungen eines Dritten mit der Possessorienklage verfolgen, insofern er nicht mehr als seinen ideellen Antheil am Besitze geltend macht." Es will uns scheinen, als wäre der beschränkende Zusatz überflüssig und nur eine Konzession an die Savigny'sche Besitztheorie. Jede Besitzstörung trifft die ganze Sache und damit stets den Idealantheil, selbst wenn er nicht feststehen sollte.

[5]) Randa S. 413 Note 16 übersetzt nach dem Vorgange von Witte das „aut" mit „denn sonst". Der Sinn der Stelle würde dann der sein: Ein Sozius ist gezwungen gegen den anderen die Klage des definitiven Rechts anzustellen, wenn er nothwendige Arbeiten zur Erhaltung einer gemeinschaftlichen Mauer vornehmen will, denn sonst kann sich der andere diese Arbeiten durch den Prätor verbitten.

Bis zum Definitiverkenntniß kann dann freilich die Mauer umfallen, und sonst sind gerade nach der Natur des gemeinschaftlichen Rechts Konservationsmaßregeln jedem Sozius gestattet. Aut bedeutet auch „oder" und nicht „denn sonst" (alioquin), Rudorff Num. 134.

spruches eines geistreichen Römers, wenn man meint, er habe die Sozien unter Umständen für vogelfrei erklären wollen.[6])

Gerade weil bei der Gemeinschaft die negative Seite des Rechts überwiegt und im Falle der l. 33 § 2 D. de usurp. die positive verschlungen hat, ergiebt sich, daß die Sozien im Interesse der Gemeinschaft jede Klage vorläufigen und definitiven Rechts zum Schutze der Sache und zur Abwehr eines Eingriffes gegen einander und gegen Dritte anstellen können; eine ganz andere Frage freilich ist, welche Klagen ihnen zur Feststellung ihrer positiven Befugnisse zustehen. Solche positiven Befugnisse bestehen im Falle der l. 33 § 2 D. de usurp. überhaupt nicht und müssen von dem Richter im Wege der Theilungsklage erst geschaffen werden. Wenn Sozien zu keinem bestimmten Theile besitzen, so ist es in der That unmöglich, eine Entscheidung aus den Regeln des vorläufigen Rechts zu entnehmen. Denn damit Jemand ein bestimmtes Recht der physischen Einwirkung vorläufig zugesprochen wird, ist es Voraussetzung, daß er dies bestimmte Recht entweder gegenwärtig ausübt oder der Gegner es von ihm vi erlangt hat. Der Prätor muß die streitenden Sozien in der That abweisen und zwar aus der umgekehrten Motivirung der l. 3 D. uti possid., weil weder der eine besitzt, noch der andere. Da es aber selbstverständlich ist, daß eine Entscheidung zwischen den Sozien getroffen werden muß, so sind sie auf die Klage des definitiven Rechts zu verweisen, durch welche ihre Theile ideel oder reell erst festzustellen sind, wenn sie vorher nicht bestimmt waren. Diese Klage steht ihnen aber selbst dann zu, wenn ihr gemeinschaftliches Recht nur ein relatives ist, d. h. wenn sie nicht Eigenthum, sondern nur das definitive aber relative Recht zu behalten haben, l. 7 § 3 D. comm. divid. 10. 3:

> ex quibusdam autem causis vindicatio cessat; si tamen justa causa est possidendi, utile communi dividundo competit, utputa si ex causa indebiti soluti res possideatur.[7])

Im Zweifel werden schließlich gleiche positive Befugnisse angenommen, die zu einer gleichen Theilung der Sache führen.[8])

---

[6]) Dies hält auf Grund seiner Besitztheorie Savigny in der That für die Meinung des Labeo. Er sagt S. 262 Num. 14:

> „folglich ist hier Keiner Besitzer, folglich (?) kann der Dritte mit Gewalt den Besitz okkupiren."

[7]) Ganz konsequent wird nach den Grundsätzen des relativen Rechts (der publizianischen Klage) eine justa causa possidendi verlangt, § 4:

> inter praedones autem hoc judicium locum non habet . . . .

Nach den Grundsätzen der Spolienklage dürfte auch hiervon abgesehen werden müssen.

[8]) Sozien, die nicht wissen, zu welchen Theilen sie besitzen, können nach römischer

Da aber der Besitz der einzelnen Sozien nur im Interesse der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, damit Keiner durch seine eigenmächtige Einwirkung das Recht des Anderen vernichtet, so versteht es sich auf der anderen Seite von selbst, daß die Gemeinschaft besitzt, und zwar auch in positiver Beziehung, und daß sie auch zur Erlangung dieses positiven Besitzrechtes jede Klage anstellen kann. Es wäre auch eine absonderliche Bestimmung, wenn es den Sozien verboten wäre, nach gemeinschaftlichem Entschluß auf die Sache einzuwirken.

Das Resultat unserer Untersuchung ist also das folgende:

> Von Sozien, die nicht zu bestimmten Antheilen besitzen, besitzt Keiner, weil ihnen einzeln nicht die positive, sondern nur die negative Seite des Besitzrechtes zusteht, dagegen hat die Gemeinschaft als solche alle Besitzrechte, da der Besitz der einzelnen Sozien nur im Interesse der Gemeinschaft aufgehoben ist.

Der Ausspruch des Labeo ist daher vollkommen richtig, doch kann man anheimstellen, um deshalb etwas zuviel Subtilität darin zu finden, weil den einzelnen Sozien die negative Seite des Besitzrechts, und der Gemeinschaft als solcher Besitz überhaupt zusteht.

---

§ 22. Besitz an Theilen einer Sache.

Die herrschende Theorie leugnet den Besitz an den Bestandtheilen einer Sache. Windscheid § 152 S. 414:

> „Der Besitz ist nicht möglich .... an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind: diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, gar keine selbständige Existenz.“ [1])

Savigny sucht diesen der natürlichen Auffassung entgegenlaufenden Satz — denn man sollte doch annehmen, daß in dem Besitze des Ganzen auch der des Theiles liegt — mit folgender Erwägung zu rechtfertigen, § 22. S. 260:

Vorstellung nicht usukapiren, weil die Usukapion streng an die positive Seite des Besitzrechtes gekettet ist, l. 26 D. de poss., l. 3 D. de usurp. Lehnt man dagegen die Usukapion an das relative Recht an, so folgt, daß sie in Gemeinschaft usukapiren müssen, indem im Zweifel immer gleiche Theile angenommen werden.

Das Erk. des Ober-Tr. vom 6. Oktober 1871 (Entsch. Bd. 66 S. 11) vertritt den römischen Standpunkt.

Dagegen können Sozien gegen einander nicht usukapiren, wenn ihre positiven Besitzrechte gegen einander nicht feststehen (Seuffert, Arch. Bd. 28 Nr. 11).

[1]) Förster S. 37 Note 21: „ein Besitz an einem reellen Theil ist daher undenkbar, wenn dieser nur in seinem Ganzen existirt.“

„Soll der animus possidendi als möglich gedacht werden, so muß auch der Gegenstand so beschaffen sein, daß wir uns seiner als einer einzelnen Sache bewußt werden können."

Die unvermeidliche Konsequenz einer derartigen Auffassung wäre, daß wir beim Besitzerwerbe an einem Grundstück unsern Willen auf jeden einzelnen Balken, jeden Ziegel, womöglich jedes Sandkorn auf dem Felde und jeden Halm der stehenden Früchte richten müßten. Savigny wird aber durch Paulus widerlegt, l. 3 § 1 de poss.:

quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Selbst bei der Apprehension braucht sich also der Wille nur auf das Ganze überhaupt zu richten, daß sich der Erwerber jedes einzelnen Bestandtheiles bewußt werde, ist ebenso wenig nöthig, wie denkbar. Dazu kommt, daß bei vielen Erwerbsarten und gerade bei den Verbindungen der Spezifikation, Inädifikation u. s. w. es des begleitenden Willens zum Besitzerwerbe überhaupt nicht bedarf.[2])

Die Savigny'sche Lehre von der Unmöglichkeit des Besitzes an Bestandtheilen nimmt auch ihre Kraft lediglich aus der eigenen, nicht zu billigenden Theorie von Besitzerwerbe, ein römisches Quellenzeugniß, Rechtskonsequenz und praktische Nothwendigkeit kann sie nicht geltend machen.[3])

Man beruft sich auf die l. 7 § 1 D. ad exhib. 10. 4:

sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum; et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

Aber Pomponius spricht Dir nur Civilbesitz, d. h. ein definitives Recht zu behalten ab, weil Du eben ein fremdes Rad Deinem Wagen angefügt hast, ihm liegt der Gedanke fern, Usukapionsbesitz oder Besitz zu leugnen. In der l. 23 D. de usurp. et usuc. führt Javolen den richtigen Gedanken durch, daß der Käufer eines Hauses nur das Haus, nicht seine Bestandtheile noch als besondere Sachen besitze. Der Besitz an den Bestandtheilen überhaupt wird nicht geleugnet. Vielmehr heißt es in dem Fragmente, daß die Gemeinschaft der verbundenen Gegenstände den Besitz aller Sachen in den Besitz von Immobilien verwandele:

---

[2]) Nach der l. 23 § 2—5 de R. V. erwirbt man durch derartige Verbindungen sogar das vollkommene Recht zu behalten, den civilen Besitz.

[3]) Meischeider S. 108 bemerkt nicht mit Unrecht, daß die Theorie von der Unmöglichkeit des Besitzes der Bestandtheile einer zusammengesetzten Sache wegen der Resultate, zu denen sie führt, eine berechtigte Skepsis herausfordern müsse.

et universitas earum possessionem temporis immobilium[4]) rerum omnium mutet.

Nach der Zerstörung sollen die einzelnen Sachen von Neuem als Mobilien besessen werden, § 2:

ex integro res mobiles possidendae sint,

woraus doch folgt, daß sie auch vorher besessen worden sind, und schließlich kommt der römische Jurist wieder darauf zurück, daß die Bestandtheile eines Grundstücks nicht als besondere und vom Grundstücke getrennte Sachen besessen seien, und daß die Annahme ausgeschlossen werden müßte, daß dieselbe Sache als Theil des Grund und Bodens und gleichsam als bewegliche Sache besessen worden sei. Nicht der Besitz an den Bestandtheilen eines Grundstücks wird verneint, sondern der besondere Besitz derselben als Mobilien. Als Bestandtheile des Grundstücks werden sie eben auch besessen. In der l. 23 § 6 u. 7 de R. V. 6. 1, l. 7 § 10, 11, 12 de A. R. D. wird nur die Usukapion des fremden, aber dennoch verbauten Materials ausgeschlossen, und zwar, wie die Gesetze mit aller Klarheit hervorheben, weil die Vindikation desselben durch das Gesetz der 12 Tafeln verboten sei. An dem Besitze des tignum junctum als an einem Bestandtheile des Hauses ist aber gar nicht zu zweifeln, zumal das Recht des Besitzers vorläufig nicht einmal durch die Vindikation gebrochen werden kann, sein Besitz sich also dem civilen wenigstens nähert.[5]) In voller Schärfe ist der herrschenden Theorie der Satz des Venulejus entgegenzustellen, l. 8 D. Quod vi aut clam:

ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii.

---

[4]) Hier ist „possessionem" oder „eam" wieder zu ergänzen. Der einheitliche Immobiliarbesitz und der Besitz aller einzelnen Sachen werden mit einander vertauscht, so daß sich der Besitz aller Sachen in den einheitlichen Immobiliarbesitz auflöst. Savigny liest S. 267 Note 3 für „possessionem" „possessione", und meint, die Florentinische Lesart, der wir folgen, sei ganz ohne Sinn. Dies dürfte wohl nicht ganz richtig sein, da gerade die Lesart der Florentina den richtigen Gedanken auf's Prägnanteste zum Ausdrucke bringt, und auch Rudorff Num. 80 anerkennt, daß die Abweichungen von der Florentina auch hier nur auf alter, nicht einmal ganz unzweifelhafter Emendation beruhen. — Ebenso betont Paulus in der l. 30 D. de poss., daß die einzelnen Sachen einer universitas nicht noch besonders als einzelne Sachen in Besitz genommen werden:

qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse.

[5]) In der l. 7 pr. und § 1 ad exhibendum 10. 4 werden der Besitz am tignum junctum und an dem fremden an dem Wagen angefügten Rade gegenübergestellt. Nur hinsichtlich des letzteren wird der Civilbesitz ausdrücklich geleugnet.

Zweifel an der Richtigkeit unserer Auffassung könnte vielleicht die l. 1 § 2 D. de

Da die herrschende Theorie, wie wir annehmen, von einer falschen Grundanschauung ausgeht, ist es nicht wunderbar, daß sie sich in Widersprüche verwickelt und zu Resultaten gelangt, die den Erfordernissen des praktischen Lebens keineswegs entsprechen.

Savigny führt S. 265 aus, daß wenn die Usukapion des Ganzen vollendet sei, auch an jedem Theile Eigenthum erworben sei, und daß dies Eigenthum natürlich durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben werde. Aber bei dieser Anschauung müßten ja gerade die Theile auch vorher im Besitze gewesen sein, da nach römischer Vorstellung eine Usukapion ohne Besitz nicht gedacht wird, l. 25 D. de usurp. 41. 3. Konsequenter meinen daher die Anhänger Savigny's, daß die vollendete Usukapion des Ganzen sich überhaupt nicht auf die Theile erstrecke. Damit gelangt man zu dem ganz unpraktischen Resultate, daß auch diejenigen Theile eines Grundstücks, welche vorher vindizirt werden konnten, zu jeder Zeit nach der Trennung zurückgefordert werden können[6]), während dies doch naturgemäß nur vom tignum junctum gilt, dessen Vindikation durch das Zwölftafelgesetz bis zur Trennung suspendirt ist. Es wird nun ferner unterschieden, ob Ganzes und Theile vorher denselben Eigenthümer gehabt haben oder nicht, während doch sonst das Eigenthum der Auktoren für den Besitz ganz gleichgültig ist.

Savigny äußert sich S. 269 ferner dahin:

> „Auch in der Anwendung der Regel unterscheidet sich wieder der Erwerb von dem Verluste des Besitzes. Ist nämlich der Besitz einer Sache einmal angefangen, so wird er dadurch nicht verloren, daß diese Sache mit anderen Sachen zu einem neuen Ganzen verbunden wird.„

Randa meint sogar S. 385 Note 11, es sei fast allgemein anerkannt, daß durch die Verbindung einer Sache mit einer anderen durch den bisherigen Besitzer der frühere Besitz desselben an dem Theile nicht aufhört.

---

tigno juncto 47. 3 erwecken, denn in derselben wird ausgeführt, daß wir denjenigen, der wissentlich einen fremden uns gehörigen Balken seinem Hause einbaute, verklagen sollen non quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat. Damit ist aber nur gemeint, daß da der Verklagte doloser Weise seinen besonderen Besitz an den Balken aufgehoben und sich so außer Stand gesetzt hat, ihn herauszugeben, er der actio ad exhibendum auf das Interesse haftet (conf. die ähnliche Erklärung Savigny's S. 270).

[6]) Darauf, daß dies Resultat unpraktisch ist, weist schon Savigny S. 275 unter No. 5 hin. Soll es denn wirklich möglich sein, die mit dem Grundstücke verbundene Säule, deren Rechtsverhältnisse doch nun einmal in der l. 23 D. de usurp. geordnet werden, und vielleicht auch den einzelnen Stein eines Grundstücks noch nach 100 Jahren zu vindiziren?

Bei diesen Behauptungen ist wohl das Eine übersehen, daß die einzelnen Theile einer Sache vor der Verbindung stets in einem besonderen Besitze gestanden haben müssen, und wenn nun die Verbindung den Besitz nicht aufheben soll, so müßten ja alle einzelnen Sachen als solche weiter besessen werden. Dies heißt nichts anderes, als daß die herrschende Theorie ihr Prinzip wieder aufhebt. Oder soll etwa erst der nachfolgende Verkauf des verbundenen Ganzen den Besitz an den einzelnen Theilen beseitigen? Sonst aber überträgt die Tradition den Besitz des Vorbesitzers auf den Erwerber, und eine den Besitz überhaupt vernichtende Wirkung hat wohl noch Niemand der Tradition beigelegt. Es ist daher durchaus unlogisch, danach zu unterscheiden, ob der Besitzer oder ob der Vorbesitzer die Verbindung vorgenommen hat. Hebt diese den Besitz überhaupt nicht auf, so gilt dasselbe auch für die von dem Vorbesitzer vorgenommene Verbindung. Den Römern ist eine derartige unnatürliche Unterscheidung vollständig unbekannt. Für beide Fälle werden in der l. 23 und l. 30 de usurp. dieselben Grundsätze aufstellt, und die Usukapion des tignum junctum wird ausdrücklich für beide Fälle in der l. 23 § 6. 7 und der l. 7 § 10. 11. 12 de A. R. D. ausgeschlossen.[7])

Die l. 7 § 1 D. ad exhibend. wird von der Theorie bald so bald so interpretirt. Erst soll sie das Dogma vom Nichtbesitz der einzelnen Bestandtheile erweisen, dann wird trotz und gerade im Falle derselben Fortsetzung des Besitzes und der Usukapion angenommen, wenn der Besitzer das Rad seinem Wagen anfügt. Eine Interpretation kann aber nur richtig sein, und meinen wir allerdings, daß es für die Usukapion des Wagenrades vollständig gleichgültig sein muß, ob der Besitzer oder Vorbesitzer es zufällig seinem Wagen angefügt hat oder nicht.

Die Römer haben nicht gelehrt, daß die Bestandtheile nicht besessen werden, sondern umgekehrt, daß die Bestandtheile im Ganzen stets besessen werden. Was sie leugnen, ist nur der besondere Besitz der Bestandtheile. Die einheitliche Verbindung bewirkt auch einen einheitlichen

[7]) Die l. 23 D. l. c. behandelt den Fall, daß der Besitzer die schon verbundene Sache gekauft, l. 30 D. eodem den Fall, daß er selbst die Verbindung vorgenommen hat. In beiden Fällen wird angenommen, daß durch die Verbindung ein einheitlicher Immobiliarbesitz geschaffen wird, und daß unter keinen Umständen eine Abzession zwischen Mobiliar- und Immobiliarbesitz stattfinden soll. — Die l. 7 § 10 D. de A. R. D. behandelt ausdrücklich den Fall, daß der Besitzer selbst die Verbindung vorgenommen hat:

quum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit . . .

Dennoch ist auch hier von einer fortdauernden Usukapion des tignum junctum nicht die Rede:

nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse.

Beſitz und namentlich verwandelt die Verbindung von Immobilien und Mobilien den Beſitz aller Sachen in den einheitlichen Immobiliarbeſitz:

> universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet.

Es iſt ja auch namentlich unmöglich, die Rechtsverhältniſſe derſelben Sache nach den Regeln des Immobiliar- und Mobiliarſachenrechts zugleich zu beurtheilen.

Nach dem Begriffe des Beſitzes, als des Rechts eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr muß ſich der Beſitz auch auf die Beſtandtheile erſtrecken. Es wäre widerſinnig zu behaupten, daß man auf das Ganze, nicht aber auf die Theile einwirken kann, zumal eine ſtets das Ganze umfaſſende Einwirkung nicht immer zu denken iſt, daß wir den Dritten zwar von dem Ganzen, nicht aber vom Theile abwehren dürfen.[8]) Das interdictum unde vi könnte höchſtens deshalb ceſſiren, weil eine theilweiſe Dejektion nicht denkbar iſt, auch die Zerſtörung eines Theils begründet das interdictum Quod vi aut clam, und mit dem interdictum uti poss. wird nicht bloß die Einwirkung auf das Ganze, ſondern auch auf den Theil abgewehrt. Das relative Recht an den Beſtandtheilen iſt nicht in Frage zu ſtellen, und die Römer haben die actio publiciana ohne jedes Bedenken gegeben, l. 11 § 6 de Publ. act.:

> Idem ait, aedibus emtis, si fuerint dirutae, ea, quae aedificio accesserunt, hujusmodi actione petenda.

Was nun die Uſukapion betrifft, ſo geht bei der Verbindung einer Immobilie mit einer Mobilie der Beſitz der verbundenen Sachen in den einheitlichen Immobiliarbeſitz über, bei der Trennung löſt er ſich wieder in den Beſitz der einzelnen Sachen auf, und daraus reſultirt ſtets eine Interruption der Uſukapion mit Bezug auf die Mobilien, indem die Römer eine Akzeſſion zwiſchen Immobiliar- und Mobiliarbeſitz nicht anerkannt haben.[9])

---

[8]) Mit Recht führt das preußiſche Ober-Tribunal in dem Erk. vom 6. Mai 1859 (Entſch. Bd. 41 S. 66) aus, daß bezüglich des Beſitzes eines Beſtandtheiles einer unbeweglichen Sache der rechtliche Zuſammenhang deſſelben mit der Subſtanz auch in possessorio zum Anhalt dienen dürfe.

[9]) Es iſt das, wie auch Javolen in der l. 23 D. de usurp. hervorhebt, die wichtigſte Konſequenz des aufgeſtellten Rechtsgrundſatzes:

> quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori; quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur ....
>
> neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa.

Wenn ich daher ein Haus kaufe, ſo ſteht das Haus und die mit ihm verbundene Säule in dem einheitlichen Immobiliarbeſitz, und auch letztere wird als Immobilie uſukapirt. Wird ſie zu einer Zeit evinzirt, wo ich ſie als Mobilie, aber noch nicht als Immobilie uſukapirt haben würde, ſo muß ich ſie herausgeben, und mir bleibt nichts, als der Regreß gegen den Verkäufer:

> si autem columna evicta fuerit, puto, te ex emto cum venditore recte acturum, et eo genere rem salvam habiturum.

Wird das Haus vor vollendeter Uſukapion des Ganzen — denn nachher würden ja die Theile bereits als Immobilien uſukapirt ſein — zerſtört, ſo müſſen die Theile von Neuem als Mobilien beſeſſen und erſeſſen werden, da eine Akzeſſion zwiſchen den verſchiedenen Arten von Beſitz nicht ſtattfindet:

> si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt . . . . . l. 23 D. de usurp.

Wenn endlich Jemand, dem an der Uſukapion von Ziegeln oder Säulen auch nur noch 10 Tage fehlen, dieſelben einem Hauſe als Beſtandtheil zufügt, ſo wird er ſie dennoch (d. h. trotz der fehlenden kurzen Spanne Zeit) nur ſo uſukapiren, als wenn er ſie durch die Verbindung erſt als Gebäude, d. h. als Immobilie in Beſitz genommen hätte. Auch Labeo hält die Regeln der Immobiliar-Uſukapion nunmehr für anwendbar und leugnet wohl auch die Akzeſſion zwiſchen Mobiliarbeſitz und Immobiliarbeſitz, was ſich übrigens aus der Analogie der übrigen Rechtsbeſtimmungen als feſtſtehend ergeben würde. Auch durch die Billigkeitserwägung wird er nicht veranlaßt, von dem Prinzipe abzugehen, daß ja dem Mobiliarbeſitze nur noch einige Tage an der Uſukapionszeit gefehlt haben. Alles dieſes freilich iſt bei der Verbindung zweier Mobilien anders, da ſie ja auch nach der Verbindung Mobilien bleiben und die Art des Beſitzes gar nicht geändert wird:

> Labeo libris Epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum, et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum.[9a])

[9a]) Savigny interpretirt die l. 30 § 1 D. de usurp. 41. 3 S. 269 dahin: „Iſt der Beſitz einer Sache einmal angefangen, ſo wird er dadurch nicht verloren, daß dieſe Sache mit anderen Sachen zu einem neuem Ganzen verbunden wird." Dieſe Interpretation leidet an folgenden Mängeln:

Wir mustern hier noch kurz die einzelnen Arten der Verbindung:

a. Bleibt nach der Verbindung einer Mobilie mit einem Immobile ein Rückforderungsrecht auf die Mobilie nicht zurück — dies kann z. B. beim Säen auf fremden Boden geschehen — so tritt die verbundene Sache ganz in die Rechtsverhältnisse der Hauptsache ein. Für sie gilt dasselbe unmittelbare, vorläufige und definitive Recht, und so wenig wird ihr Besitz aufgehoben, daß er sich sogar zum civilen steigert, indem der frühere Eigenthümer überhaupt keine Rückforderungsklage, sondern nur einen Schadensersatzanspruch hat. Dies gilt nach verschiedenen Partikularrechten selbst für das tignum junctum, indem die Inädifikation nicht bloß das frühere Eigenthum suspendirt, sondern überhaupt aufhebt.

b. Ist nach der Verbindung das Rückforderungsrecht suspendirt, wie nach römischer Anschauung beim tignum junctum, so kann an dem Besitze desselben im Ganzen kein Zweifel sein. Der Besitzer des Hauses hat sogar das Recht, auch der Klage des definitiven Rechts gegenüber das tignum junctum bis zur Trennung zu behalten, wodurch der Besitz dem civilen genähert wird. Von einer Usukapion des tignum junctum kann aber keine Rede sein, weil, wie die Römer ausdrücklich hervorheben, die Vindikation durch das Zwölftafelgesetz suspendirt ist, l. 23 § 6, 7 de R. V., l. 7 § 10, 11 de A. R. D. Hiervon gilt keine Ausnahme, und selbst dann findet eine Usukapion nicht statt, wenn dem Bauenden nur noch 10 Tage am Mobiliarbesitz gefehlt haben sollten. Wie Savigny dazu kommt, dies S. 271 dennoch zu behaupten, trotz-

---

a. es ist eine willkürliche Behauptung, daß die zehn Tage des Labeo überhaupt den Rest der Usukapionszeit bedeuten sollen. Das Gegentheil folgt auch aus der l. 50 D. de minoribus 4. 4.

b. Das Wort „nihilominus“ ist bestimmt, einen Gegensatz anzudeuten. Die angegebene kurze Frist würde aber eher als Grund für die Fortsetzung der Usukapion anzusehen sein. Labeo will aber sagen: wenn dem Mobiliarbesitze auch nur 10 Tage fehlen, so tritt trotzdem die Usukapion nur so ein, als wenn die Säule erst als Immobile in Besitz genommen wäre.

c. Der die Bedingungen der Usukapion für jeden Fall enthaltende Satz (ob zehn Tage fehlen oder mehr) wird ganz übersehen:

„si aedificium possedisset“, als wenn er die Säule erst als Immobile in Besitz genommen hätte.

Er enthält aber gerade die Entscheidung des Labeo, und überflüssige Worte hat dieser Jurist sicher nicht gemacht.

d. Der fein gegliederte Gegensatz der Stelle, den die Worte: quid ergo in his ... einleiten, wird ohne Weiteres aufgehoben. Beide Male soll Pomponius dasselbe gesagt haben.

dem er in den späteren Ausgaben die l. 30 § 1 de usurp. auf das tignum junctum nicht bezieht, ist nicht ersichtlich. Wahrscheinlich handelt es sich nur um eine nicht ganz scharf durchdachte Uebertragung aus den früheren Ausgaben. [10])

c. Bleibt nach der Verbindung das Rückforderungsrecht unberührt, so ist zu unterscheiden:

1. ob eine bewegliche Sache einer unbeweglichen als Bestandtheil zugeschlagen wird, wie tegulae oder columnae. Der Besitz verwandelt sich durch die Verbindung in einen einheitlichen Immobiliarbesitz, und mit Bezug auf die Usukapion ist es so anzusehen, als wenn die noch nicht usukapirte Mobilie erst als Immobilie in Besitz genommen worden ist, l. 30 § 1 D. de usurp. [11]) [12])

2. ob eine bewegliche mit einer beweglichen Sache verbunden wird. Hier verbleiben die Sachen in ihrer Integrität als Mobilien, und können als solche auch weiter besessen und ersessen werden.

---

[10]) Es ist eben nicht richtig, wenn Savigny S. 271 No. 1 sagt, daß die im Text von ihm aufgestellten Regeln bei der neuen vom Prof. Falk übernommenen Interpretation der l. 30 § 1 de usurp. unverändert blieben. Die Ausnahme von der Regel, daß das tignum junctum nicht usukapirt werden könne, hat dann eben keine gesetzliche Vorschrift für sich, wenn man die l. 30 § 1 l. c. gar nicht auf das tignum junctum bezieht, und zwar auch dann nicht, wenn man sie im Sinne Savigny's erklärt.

[11]) Die l. 30 § 1 D. de usurp. hat eine eigene umfangreiche Literatur, über welche Meischeider § 18 zu vergleichen ist.

Die hauptsächlichsten Meinungen sind:

a. der Besitz werde trotz der Verbindung stets fortgesetzt (Savigny);

b. er werde nie fortgesetzt (Unterholzner). Dabei wird an Stelle des Wortes „nihilominus" ganz unmotivirt das Wort „nihilomagis" gesetzt;

c. er werde nur fortgesetzt, wenn dem Mobiliarbesitz die 10 Tage fehlen; (Thibaut). Die Thibaut'sche Erklärung leidet ebenfalls an den Mängeln der Savigny'schen, nur werden von ihm die 10 Tage des Labeo wörtlich und richtig aufgefaßt.

[12]) Nach unserer Interpretation ist es unerheblich, ob man die l. 30 § 1 D. de usurp. auch auf das tignum junctum oder nur auf den Bestandtheil, der kein tignum junctum ist, bezieht. Der allgemeine Ausspruch des Labeo, es solle so angesehen werden, als sei die bewegliche Sache erst als Immobile in Besitz genommen, trifft auch auf das tignum junctum zu. Da dieses nämlich niemals usukapirt wird, wird auch die zum tignum junctum gewordene bewegliche Sache nicht usukapirt, und selbst das Fehlen einer nur noch kurzen Frist wird nicht berücksichtigt.

§. 23. Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.

Besitzerwerb.

Die Lehre vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter halten wir für den Prüfstein jeder Besitztheorie. Will die letztere auf Wahrheit Anspruch machen, so muß sich die erstere als die reine Anwendung des aufgestellten Besitzbegriffes, der Lehre vom Erwerbe und Verluste des Besitzes und der allgemeinen Grundsätze über den Erwerb durch Dritte darstellen.

Die herrschende Theorie, welche sich auf die Lehre Savigny's gründet, scheint diesen Erfordernissen wenig zu entsprechen.

Savigny formulirt die Frage, welche uns jetzt beschäftigen soll, dahin:

„Wie ist es möglich, durch fremde Handlungen das Bewußtsein physischer Herrschaft über eine Sache zu erlangen?"

Damit tritt er u. E. mit seinem eigenen Besitzbegriffe in Konflikt. Spricht man vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter, und soll es andrerseits nur nothwendig sein, daß der Vertretene das Bewußtsein physischer Herrschaft erlangt, so folgt mit mathematischer Nothwendigkeit, daß Besitz und Bewußtsein physischer Herrschaft identisch ist. Sonst soll aber der Besitz aus corpus und animus und nicht aus dem bloßen Bewußtsein bestehen.

Hält man aber die Savigny'sche Ansicht, daß der Besitz ein Konglomerat von corpus und animus sei, konsequent fest, so ist ein Besitzerwerb für einen abwesenden Geschäftsherrn, möge er nun Auftrag ertheilt haben oder nicht, nicht vorstellbar. Denn wie soll der abwesende Geschäftsherr durch eine fremde Handlung die faktische Möglichkeit physischer Herrschaft erlangen?

Selbst die Erlangung des Bewußtseins physischer Herrschaft durch fremde Handlungen ist in der Regel ausgeschlossen. Ergreift Jemand eine Sache selbst in unserem Spezialauftrage, so brauchen wir von der Besitzergreifung keine Kenntniß zu haben. Die Theorie stellt vergeblich die künstlichsten Deduktionen auf, um diesen auffälligen Gegensatz der Annahme des Bewußtseins physischer Herrschaft bei der Unkenntniß des Entstehens derselben in der Person eines Dritten auszugleichen. Savigny hält den Besitzerwerb nur dann für ausgeschlossen, wenn der, für welchen der Besitz erworben werden soll, gar nichts davon weiß. Derjenige, welcher ein Spezialmandat ertheilt hat, soll vermuthlich ein Bischen davon wissen. Es ist aber andererseits möglich, daß auch dieser von dem Besitzerwerbe selbst nicht das Geringste erfährt.

Meischeider sagt S. 287:

„Der Besitzerwerb durch einen Mandatar ist damit, daß er ignorante domino stattfinden kann, von den regelmäßigen Erfordernissen des Besitzerwerbes losgelöst. Er erscheint auf die Voraussetzungen gestellt, unter denen der Erwerb subjektiver Rechte durch den Mandatar für den Mandanten erfolgt, und er findet bei jedem Mandatar statt, der in den Grenzen seines Mandats handelt. Damit tritt als Voraussetzung des Besitzerwerbes durch den Mandatar an die Stelle des Besitzwillens der Mandatswille ....."

Darnach müßte schon der Mandatswille Besitz sein, denn einen anderen Willen und das corpus hat der Vertretene nicht. Bremer spricht von einem kraft des Auftrages auf alle vielleicht zu erwerbende Sachen gerichteten Besitzwillen. Aber kein Auftrag enthält den Willen, Besitzer zu sein, sondern höchstens den, es zu werden, und am wenigsten liegt in ihm das Bewußtsein physischer Herrschaft, solange der Besitz noch nicht erworben, und solange der Besitzerwerb vom Vertretenen noch nicht in Erfahrung gebracht ist.

Der Besitzerwerb durch Sklaven, Haussöhne, verfassungsmäßige Organe juristischer Personen erscheint ferner als die absoluteste Anomalie, da sich in der Person des Vertretenen weder das corpus noch der animus des Besitzergreifungsaktes vorfindet, auch wird dies von Meischeider S. 280, 281 ganz offen zugestanden.

Die Annahme eines Besitzerwerbes durch Stellvertreter ist der angeblich rein faktischen Natur des Besitzes durchaus zuwider.

Die Savigny'sche Lehre vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter vernichtet den eigenen Besitzbegriff, sie entspricht aber auch nicht dem zweiten von uns aufgestellten Erfordernisse, daß sie sich als eine konsequente Anwendung der Lehre vom Besitzerwerbe darstellt. Wenn nach der Ansicht Savigny's Besitz nur corpore et animo erworben werden soll, so möge seine Schule es erklären, weshalb hier plötzlich der Besitz ohne das corpus und nur durch das Bewußtsein physischer Herrschaft erworben wird, ja weshalb er hier nichts, als dieses Bewußtsein sein soll. Savigny ist genöthigt, den Besitzerwerb durch Willenserklärung durch die Grundsätze über den Besitzerwerb durch Stellvertreter zu rechtfertigen, und bewegt sich so in einem fehlerhaften Zirkel, der selbst durch den Beifall, den die Savigny'sche Lehre über das Konstitut gefunden hat, nicht verdeckt werden kann.

Bei beiden Arten des Erwerbes findet sich die auffällige Erscheinung, daß der Besitz ohne eigenes corpus übermittelt wird, eine Erscheinung, die es doch erst zu erklären gilt.

Ferner fordert Savigny, und wir nehmen an mit Recht, ein juristisches Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und dem Besitzer, wenn durch die Handlung des ersteren Besitz entstehen soll. Seine Schule möge es rechtfertigen, wie sein Besitzbegriff, dies Konglomerat aus corpus und animus, die Beimischung des definitiven Rechts verträgt.

Andrerseits legt allerdings Savigny viel zu viel Gewicht auf den Willen des Vertreters — und dies ist der größte Fehler seiner Theorie — während die causa des Besitzerwerbes zu betonen ist, die sich der Vertreter selbst nicht zu ändern vermag.

Endlich fehlt es an der konsequenten Uebertragung der Lehre von den allgemeinen Grundsätzen des Erwerbs durch Dritte. Daß Savigny seinem Besitzbegriffe entsprechend S. 316 Note 1 es natürlich finden muß, daß ein Zurückrechnen, welches bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, bei dem Besitzerwerbe durch Geschäftsführer nicht gelte, ist in unseren Augen ein großer Mangel seines Besitzbegriffes überhaupt. [1])

Wir müssen schließlich noch auf den bedenklichen Konflikt hinweisen, in welchen die moderne Theorie zu dem Ausspruche des Ulpian tritt, indem sie die l. 13 D. de donat. für eine Singularität erachtet, welche einen bedenklichen, ja unnöthigen Bruch in die Konsequenz des Rechtes bringt (Randa S. 474 Note 27, Savigny S. 306). Wir sind davon überzeugt, daß derartige Auffassungen in der Regel auf einer nicht vollständigen Durchdringung des römischen Rechtsgedankens beruhen.

Wir versuchen, auch bei der Lehre vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter den aufgestellten Begriff des Besitzes als des wenn auch unvollkommen geschützten Rechts eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr aufrecht zu erhalten. U. E. ist der derartige Besitzerwerb ein Erwerb des Besitzes corpore alieno animo nostro, indem uns das fremde corpus durch Rechtssatz oder Willenserklärung dienstbar gemacht wird. Er stellt sich dar als die reine Anwendung der Lehre vom Besitzerwerbe ohne eigenes corpus und der Lehre vom Erwerbe durch Dritte überhaupt. Auch wird der Versuch gewagt, die l. 13 D. de don. als aus der Rechtskonsequenz folgend darzustellen.

Paulus sagt Sent. Rec. V. 2 § 1:

> Possessionem acquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.

Daraus folgen drei Voraussetzungen des Besitzerwerbes durch Dritte:

---

[1]) Die Praxis führt nun sogar auf Grund der Savigny'schen Besitztheorie aus, daß die allgemeinen Grundsätze über Verträge nicht anwendbar seien. Dies dürfte verfehlt sein.

A. das corpus in der Person des Vertreters,
B. ein Verhältniß, durch welches das fremde corpus dem Vertretenen dienstbar gemacht wird,
C. der animus in der Person des Vertretenen.

In diesen drei Richtungen folgen wir der herrschenden Lehre und suchen theils in Uebereinstimmung, theils im Kampfe mit derselben unsere eigene Auffassung zu entwickeln und den aufgestellten Besitzbegriff konsequent durchzuführen.

Wir stellen zunächst ein Prinzip an die Spitze, von welchem unsere gesammten Ausführungen getragen werden.

Da der Besitz von der Mittelsperson auf den Destinatär durch die verschiedensten Rechtsverhältnisse übermittelt werden kann, durch Gesetz, bindende Verpflichtung, Auftrag, Geschäftsführung der Mittelsperson, Geschäftsführung im Auftrage oder ohne denselben Seitens des Tradenten, sind Konfliktsfälle von selbst gegeben, so zwar daß nach den vorliegenden Umständen zwei Personen der Besitz erworben sein müßte. Für die Konfliktsfälle gilt als Regel

a) der Besitz selbst und das vorläufige Recht, ist keiner von beiden erworben, sofern sich nicht die eine corpore et animo in Besitz gesetzt hat;
b) die sonstigen Rechte aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze, das Recht, sich in Besitz zu setzen,[1a]) Schadensersatzklagen, publiciana und vindicatio, gebühren demjenigen, dem das definitive Recht zusteht;[1b])
c) das definitive Recht steht demjenigen zu, für welchen nach dem Gesetz von der Mittelsperson erworben werden muß, oder für welche, nach dem was abgesehen von der nichtigen Realtradition[1c]) sonst geschehen, der Erwerb eintritt. In den übrigen Fällen bleibt es dem Tradenten.

[1a]) Dies Recht ist allerdings nur soweit begründet, als nicht Jemand corpore et animo den Besitz erlangt hat. Im letzteren Falle kann nur von einem Klagerechte die Rede sein.

[1b]) Sein Besitz gilt also als ein in demselben Momente erworbener und zu Unrecht aufgehobener. Nur kann von einer Aufhebung durch Gewalt keine Rede sein, so daß sich der Wegfall des Interdiktenrechts erklärt. Aus diesem Grunde ergiebt sich auch klar, weshalb die Römer hinsichtlich der Beurtheilung der Usukapion in den Konfliktsfällen geschwankt haben.

[1c]) Die Römer bedienen sich des Ausdrucks: „nihil agitur, nihil agit." Daraus hat man zu Unrecht geschlossen, daß nun überhaupt Alles nichtig wäre. Es ist aber nur gemeint, daß der Akt der Realtradition ein rechtliches Nichts sei, daraus folgt aber gerade, daß der Fall nun nach dem zu beurtheilen ist, was sonst geschehen.

A. Das corpus in der Person des Vertreters.

Savigny findet es S. 305 auf den ersten Blick klar, daß der Repräsentant nicht weniger thun dürfe, als wenn er für sich selbst Besitz erwerben wollte, d. h. daß eine Apprehension vorkommen müsse, verbunden mit animus possidendi, und daß eben deshalb Jeder, der überhaupt nicht wollen kann, auch zu dieser Repräsentation unfähig sei. Der animus possidendi soll hier nur das Eigenthümliche haben, daß der Repräsentant nicht für sich, sondern für den Anderen Besitz erwerben wolle. Randa S. 444 hält folgende Momente für nothwendig:

1) einen Apprehensionsakt des Repräsentanten,
2) den Willen desselben, Besitz zu erwerben, und zwar nicht für sich, sondern für den Repräsentanten,

und S. 459 bemerkt er:

„Der Repräsentant muß den Besitz für den Repräsentirten erwerben wollen und — wenn auch beschränkt — handlungsfähig sein."

Aber hiermit dürfte die herrschende Theorie doch etwas mehr verlangen, als Paulus in der oben aufgeführten Stelle. Dieser fordert als allgemeine Regel weiter nichts, als daß das corpus in der Person des Vertreters begründet sei, den Besitzwillen kann und darf der Vertreter gerade nicht haben. Vielmehr soll der Wille, den Besitz zu erwerben, stets in der Person des Vertretenen gesucht werden, (animo utique nostro).[2])

Die herrschende Theorie verwechselt Besitzwille und Wille des Vertreters. Der letztere ist aber nur eine der Thatsachen, durch welche das fremde corpus uns dienstbar gemacht wird. Die Übermittlung kann aber geschehen durch Gesetz, wie durch den Willen des Repräsentanten, und selbst den des Trabenten.

Zunächst bedarf es nicht nothwendig eines Apprehensionsaktes in der Person des Stellvertreters. Allerdings vollzieht sich der Besitzerwerb eines Grundstücks der Regel nach durch Apprehension, und bei dieser kann auch das corpus, der Ergreifungsakt, ohne Willen nicht gedacht werden. Dagegen genügt es, wenn der Verkäufer einer Mobilie mit dem Willen Besitz zu unsren Gunsten aufzugeben, diese in die custodia unsers Vertreters schafft.

---

[2]) Derselbe Gedankengang liegt der ebenfalls von Paulus herrührenden Stelle l. 3 § 12 D. de poss. zu Grunde: ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus. Dieser Grundsatz, fährt der Jurist fort, wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß beim Pekuliarerwerb ausnahmsweise eine Vertretung im corpus und animus zugelassen wird. Wenn Randa S. 445 Nr. 4 daraus die allgemeine Zulässigkeit der Vertretung im Willen folgern will, so widerspricht er dem Wortlaute.

Sodann vollzieht sich die Übermittlung des Besitzes nicht durch den Besitzwillen des Stellvertreters, sondern durch das vermittelnde Rechtsverhältniß, Gesetz, bindenden Vertrag, Auftrag, Geschäftsführung. Nicht der Besitzwille des Vertreters wird verlangt, sondern nur der zu den gedachten Rechtsverhältnissen nothwendige Wille, und zwar auch nur, soweit er zu den gedachten Rechtsgeschäften überhaupt erforderlich ist.

Im Allgemeinen kann gemäß der Regel des Paulus nur verlangt werden, daß das corpus in der Person des Vertreters begründet sei. Indem die herrschende Schule in der Person des Repräsentanten den Erwerbswillen fordert, der nach Paulus stets in der Person des Vertretenen gesucht werden soll, hat sie sich u. E. selbst den Weg verschlossen, das Vernunftgemäße der in der l. 13 D. de donat., l. 37 § 6 de A. R. D. entwickelten römischen Grundsätze zu erkennen, von welchen Gesetzen wenigstens das erste als die reinste Irregularität bezeichnet wird.

Hiernach muß der Repräsentant ein Grundstück allerdings apprehendiren, und daß dazu Wille nothwendig ist, haben wir schon ausgeführt. Auch ist es ferner richtig, daß wenn nicht gesetzlich oder gemäß des Vertrages der Besitz des Repräsentanten als der des Repräsentirten gilt (z. B. beim Erwerb durch Sklaven, durch Haussöhne u. s. w.), auch die Uebermittlung sich nicht durch den Willen des Tradenten vollzieht, Wille des Repräsentanten als eines Geschäftsführers nothwendig ist, damit sein corpus dem Vertretenen diene. In diesem Falle hat der Vertreter einen doppelten Willen a) den Apprehensionswillen, b) den Willen sein corpus dem Vertretenden dienstbar zu machen, den Willen des negotiorum gestor. Der erstere kann mangelhaft sein, wenn nur der zweite bestehen bleibt. Im Falle der l. 34 § 1 de poss. befindet sich der Stellvertreter beim Erwerbe in einem Irrthume, der nach der l. 34 pr. den Besitzerwerb vereiteln würde. Trotzdem ist das corpus in seiner Person begründet, und da wir nun den Besitzwillen haben, ist uns der Besitz erworben:

> Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acqiram possessionem.[3])

Anders würde zu entscheiden sein, wenn der Irrthum nicht beim Erwerbe vorgekommen wäre, sondern der Prokurator seine Erkläruug für uns besitzen zu wollen wegen Irrthums anfechten könnte, wenn also der Wille des negotiorum gestor mangelhaft wäre.

Endlich aber ist der Wille des Empfängers der Sache vollständig

[3]) Die Formulirung des Savigny'schen Gedankens durch Windscheid § 73, daß der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gelte, ist also nicht zu billigen.

gleichgültig, wo sich die Uebermittlung des Besitzes durch Gesetz oder Willen des Tradenten vollzieht.

Selbstverständlich ist endlich, daß ein Dritter nur als Werkzeug beim Besitzerwerbe in Frage kommen kann.

B. Das Verhältniß, durch welches das fremde corpus dem Vertretenen dienstbar gemacht wird.

I. Gesetzliches Verhältniß.

Mit Recht führt Savigny S. 308 aus, daß ein juristisches Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und dem Besitzer nothwendig sei, wenn auf diese Weise Besitz entstehen soll. Denn ohne Weiteres erwirbt Niemand für den Anderen, also auch nicht den Besitz. Das fremde corpus muß dem Vertretenen auf irgend eine Weise dienstbar gemacht werden, und nach den Regeln des Besitzerwerbes ohne eigenes corpus überhaupt geschieht dies in definitiv bindender Weise nicht anders, als daß der Vertreter durch Gesetz oder Rechtsgeschäfte verpflichtet wird, für den Vertretenen zu besitzen, in nicht definitiv bindender Weise allerdings auch durch den bloßen Willen des Vertreters.

Zunächst müssen nun bestimmte Personen einem Dritten überhaupt erwerben und so erwerben sie ihm auch den Besitz. Das juristische Verhältniß bewirkt es, daß das corpus des Einem dem Anderen dienstbar wird. So folgt bereits aus der väterlichen Gewalt, daß der Besitzerwerb des Kindes der des Vaters ist. Hinsichtlich derjenigen Personen, welche sich in der manus oder im mancipium befanden, wurde es allerdings bezweifelt, ob sie dem Gewalthaber auch den Besitz erwarben, Gaius II. § 90, wir glauben aber nicht fehl zu greifen, wenn wir aus der Analogie der väterlichen Gewalt soweit ebenfalls Besitzerwerb für den Gewalthaber annehmen, als diese Personen für ihn erwerben müssen, l. 10 § 2 D. de A. R. D.:

> non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio; cujusque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.

Im modernen Rechte sind Kinder und Ehefrauen in bestimmten Fällen gezwungen, für den Vater oder Ehemann zu erwerben, in anderen Fällen wachsen ihre Erwerbungen dem nicht freien oder eingebrachten Vermögen zu, an welchem, wie wir oben ausgeführt haben, dem Vater oder Ehemann Besitz als Nichteigenthum (possessio pro alieno) zusteht. Auch der Besitz wird daher dem Vater oder Ehemann in gleicher Weise erworben,

Kind und Ehefrau können sich über Gewalt nicht beklagen, wenn der Vater oder Ehemann ohne Weiteres auf die erworbenen Sachen einwirkt.[4])

Der Sklave erwirbt dem Herrn solange den Besitz, als er nicht von einem Anderen besessen wird,

l. 50 § 1 de poss.:
per servum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur, neque se liberum esse credat[5]), possessio nobis acquiritur . . . .

l. 1 § 14 de poss.:
possessionem autem per eum (servum qui in fuga est) acquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassii et Juliani sententia est.

Daran scheint nach einer aus Gaius entnommenen Stelle auch durch den Umstand nichts geändert werden zu sollen, daß der flüchtige, aber nunmehr ergriffene Sklave bereit ist, sich dem liberale judicium zu unterziehen, denn wenn er auch insofern nicht besessen wird, als der Prätor die Vindizien stets zu Gunsten der Freiheit ertheilt, und der Herr weder auf seine Person noch auf die von ihm besessenen Sachen eigenmächtig einwirken darf, so soll doch dies den Besitzerwerb durch den Sklaven nicht hindern:

l. 25 § 2 de liberali causa (Gaius):
tandem de possessione videbimus, quum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere. Sed magis est, ut acquirat, licet ab eo non possideatur; et quum placuit, per fugitivum

---

[4]) Der Erwerb des Besitzes wird sich aber zu Gunsten des Vaters oder Ehemannes nur so lange vollziehen, als Kind und Ehefrau sich auch thatsächlich in der Gewalt des Vaters oder Ehemannes befinden. Ist thatsächlich das Verhältniß aufgehoben, hat z. B. die Ehefrau einen Scheidungsprozeß angestellt, und ist ihr gestattet, getrennt von ihrem Ehemanne zu leben, so steht die wenn überhaupt noch vorhandene Verpflichtung für den Ehemann zu erwerben mit dem thatsächlichen Verhältniß in Konflikt. Der Besitz ist in demselben Momente gewonnen und verloren, so daß aus demselben zu Gunsten des Ehemannes nur die publizianische Klage, die vindicatio und die conditio usucapiendi resultiren können.

[5]) Savigny S. 309 Note 1 führt wohl nicht mit Recht aus, daß die Worte: „quem non possidet“ der l. 54 § 4 de A. R. D. auf diese beiden Ausnahmen zu beziehen sind. Aus der l. 1 § 14 de poss. geht hervor, daß die römischen Juristen hinsichtlich des Besitzerwerbes durch einen flüchtigen Sklaven getheilter Ansicht waren. Der jüngere Nerva wenigstens hat das Gutachten abgegeben, daß wir durch einen flüchtigen Sklaven nicht besitzen können, und so ist es natürlicher, die l. 54 § 4 de A. R. D. auch auf die Auffassung des Nerva zurückzuführen. Der Beginn der Usukapion der vom flüchtigen Sklaven erworbenen Sache wird darin übrigens nicht geleugnet, sondern nur der Beginn vor der Kenntniß des Herrn vom Erwerbe.

quoque nos possessionem acquirere posse, quid mirum, etiam per hunc, de quo quaeramus, acquiri?

U. E. liegt das Rechtsverhältniß dahin: Der flüchtige Sklave, auch derjenige, welcher das liberale judicium übernommen hat, bleibt kraft gesetzlicher Bestimmung verpflichtet, für den Herrn zu erwerben, thatsächlich aber erwirbt er für sich, da er für sich erwerben will, und der Prätor zu Gunsten der Freiheit die Vindizien ertheilt hat. Dieser Konflikt [6]) ist dahin zu schlichten, daß der Besitz dem Herrn als in demselben Momente erworben und verloren gilt, und es im Uebrigen so angesehen wird, als sei er zu Gunsten desjenigen zu Unrecht aufgehoben, dem das definitive Recht zusteht. Es läßt sich daher sowohl behaupten, daß der Herr Besitz erwerbe, wie das Gegentheil, und so widersprechen denn der jüngere Nerva in der l. 1 § 14 de poss. und Pomponius in der l. 15 D. de P. A. nur anscheinend direkt der Ansicht des Gaius in der l. 25 § 2 de liber. causa.

Der Herr wird nun aber in der That auf die vom Sklaven erworbenen Sachen thatsächlich nicht einwirken dürfen, soweit ihm die Verfügung über seine Person entzogen ist, dagegen hat er die Klage relativen Rechts, die publiciana. l. 15 D. de P. A.:

Si servus meus, quum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

Zur Rechtfertigung der Usukapion ist der Besitzerwerb des Herrn anscheinend hauptsächlich angenommen worden (conf. l. 17 § 3 de furtis), und auch die l. 54 § 4 de A. R. D. ist dieser Ansicht nicht widersprechend, da sie nur den Beginn der Usukapion ohne Kenntniß vom Erwerbe leugnet.

Wenn nun ein Sklave im fremden Besitze steht, so erwirbt er nicht dem Herrn, sondern dem bonae fidei possessor den Besitz, l. 1 § 6 de poss. [7])

---

[6]) Ein gleicher Konflikt liegt eigentlich hinsichtlich des flüchtigen Sklaven selbst vor. Er ist verpflichtet, dem Herrn weiter zu dienen und kann sich selbst die causa seines Besitzes nicht ändern, das thatsächliche Verhältniß aber widerspricht dem. Der Konflikt wird dahin entschieden, daß der Herr in den von uns früher dargestellten Fällen über seine Person noch verfügen kann, daß aber, wo dies nicht der Fall ist, sein Besitz als zu Unrecht aufgehoben angesehen wird, ihm die publiciana und die Usukapion bewilligt werden. l. 17 § 3 D. de furtis, l. 15 § 1 D. de usurp., l. 25 D. de usurp. Man kann hiernach doktrinär den Besitz am flüchtigen Sklaven auch leugnen. l. 54 § 4 de A. R. D.

[7]) Anders wird entschieden, wenn eine gewaltunterworfene Person sich thatsächlich in der Gewalt eines Dritten befindet,

l. 50 pr. de poss.:

per eum, quem justo ductus errore filium meum, et in mea potestate esse

sed et per eum, quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit vel liber, possessionem acquiremus, quod si mala fide eum possideamus, non puto acquiri nobis possessionem per eum,

aber doch nur insofern, als dieser Erwerb auf die Arbeit des Sklaven oder auf das Vermögen des possessor gegründet ist. Gaius II. § 94. Soweit nun der Sklave dem faktischen Besitzer den Besitz nicht erwirbt, erwirbt er ihm trotzdem nicht dem Herrn. Paulus fährt in der l. 1 § 6 de poss. fort:

sed nec vero domino, aut sibi acquiret, qui ab alio possidetur.

Zwar wäre der Sklave verpflichtet, für den Herrn zu erwerben, (l. 54 § 4 D. de A.R.D.), aber die Thatsache, daß der Sklave sich im fremden Besitz befindet, und für einen Anderen besitzen will, würde doch wenn auch nicht Besitz erzeugen, so doch den Besitz des Herrn sofort wieder aufheben. Die Rechte aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitz hat also der wahre Herr. Demselben könnte daher die publizianische Klage und Vindikation nicht verweigert werden. Dagegen wird ihm die Usukapion trotzdem abgesprochen, wie denn die Beurtheilung derselben in den Konfliktsfällen überhaupt eine schwankende ist (l. 54 § 4 D. de A.R.D.).[6a])

existimo, neque possessio, neque dominium, neque quidquam aliud ex re mea mihi quaeritur.

Dies kommt daher, daß es zwar ein unvollkommenes Besitzrecht an dem fremden Sklaven, nicht aber eine unvollkommene patria potestas an einer Person giebt, die der Gewalt eines Anderen unterworfen ist. Aus dem Ausspruche des Hermogenian ist aber noch nicht zu schließen, daß nun der Vater eigentlichen Besitz und vorläufiges Recht durch den Sohn erwerbe, denn der Vater muß erst das interdict. de lib. exhib. anstellen, welches nur als Klage des definitiven Rechts zu begründen ist. Das thatsächliche Verhältniß steht auch dem Vater entgegen und verhindert seinen Besitzerwerb im Momente der Entstehung. Daher hat keiner, weder der Vater noch derjenige, welcher den Sohn thatsächlich in der Gewalt hat, Besitz an den vom Sohne erworbenen Sachen. Da aber der Sohn für den wirklichen Vater erwerben muß, gilt dessen Besitz als zu Unrecht aufgehoben. Wenn daher der Vater auch wegen des Mangels der Gewalt das interdictum unde vi nicht hat, so sind ihm doch die relativen Schadensersatzklagen, relative Rückforderungsklage und Klage des absoluten Rechts nicht abzusprechen. Hinsichtlich der Usukapion ist die Sache zweifelhaft. Nach Analogie des flüchtigen Sklaven kann man sie ihm zusprechen, nach sonstigen Rechtsbestimmungen ihm absprechen.

6a) Als sich bildende Regel kann man wohl anerkennen: Wenn ein entgegenstehender Besitz corpore et animo erworben wird, so wird dem Gewalthaber Usukapionsbesitz nicht erworben, da er in demselben Moment doch faktisch interrumpirt werden würde, aber in den übrigen Fällen. Daher erwirbt ein von einem Dritten besessener Sklave dem wirklichen Herrn nie Usukapionsbesitz, weil das corpus als das des faktischen Herrn gilt. Dagegen gilt beim flüchtigen Sklaven, dem die Vindizien ertheilt sind, nach Durchführung des Prozesses das corpus doch als das des Herrn, und daher usukapirt er.

Gleiche Grundsätze gelten für den sich im Sklavenverhältniß befindlichen freien Menschen.

Modestinus bemerkt, nachdem er in der l. 54 § 4 D. de A.R.D. auseinandergesetzt hat, daß alles, was ein freier Mensch oder fremder Sklave uns nicht erwerbe, er entweder sich oder dem Herrn erwirbt:

> excepto eo, quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intelligitur, qui ipse possideretur; sed nec per servum alienum, quem nos bona fide possidemus, dominus peculiari nomine ignorans usucapere poterit, sicuti ne per fugitivum quidem, quem non possidet.[7a])

Der thatsächlich dienende freie Mensch würde den Besitz im Momente des Erwerbes doch wieder verlieren, weil er von einem anderen besessen wird. Die den Besitz begleitenden Garantien, Recht der Gewalt, Recht zum interdictum unde vi, das interdictum uti possidetis sind ihm daher nicht zuzusprechen, dagegen die publiciana und die vindicatio, wenn ihm auch die Usukapion ausdrücklich, aber auch nur diese verweigert wird. Sein Besitz gilt als ein zu Unrecht aufgehobener.

Aehnlich liegt das Verhältniß, wenn es sich um einen zum Faustpfande gegebenen Sklaven handelt, l. 1 § 15 D. de poss.:

> per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Julianus ait.

Der Rechtserfolg ist aber der, daß keiner von beiden, weder der faktische Besitzer des Sklaven, noch der Herr besitzt, bevor er sich in den körperlichen Besitz gesetzt hat, daß auch der Herr, trotzdem der Sklave für ihn erwerben muß, das Recht der Gewalt, das interdictum uti possidetis und das interdictum unde vi gegen den faktischen Besitzer des Sklaven nicht hat, sein Besitz vielmehr im Moment der Entstehung dadurch wieder aufgehoben wird, daß der Sklave faktisch von einem Dritten besessen wird. Das Verhältniß zwischen dem Herrn und dem faktischen Besitzer des Sklaven hinsichtlich der von Sklaven erworbenen Gegenstände kann vielmehr nur aus dem definitiven Rechte geordnet werden. Auch hier muß also der Grundsatz durchgreifen, daß der Besitz zu Gunsten desjenigen als in demselben Momente erworben und zu Unrecht aufgehoben gilt, dem das definitive Recht zusteht, also zu Gunsten des Schuldners, soweit ihm das Pfandrecht nicht entgegensteht. Doch wird ihm die Usu-

---

[7a]) Der l. 54 § 4 D. de A.R.D. scheint die l. 21 D. pr. D. eodem in den Worten „nec meam fieri“ zu widersprechen. Dieselbe bezieht sich aber nur auf das mögliche Rückforderungsrecht des Tradenten, der ein Interesse an der Person des Empfängers hat, für den Fall, daß sich der Besitzerwerb nicht nach seiner Absicht vollziehen würde.

kapion verweigert, da der Sklave corporaliter von einem Dritten besessen wird l. 1 § 15 D. de poss. Viel zu weit geht u. E. Savigny, wenn er S. 309 ausführt, daß in den erwähnten Fällen überhaupt kein Erwerb des Eigenthums vor sich gehe, denn damit meint er offenbar, daß die Erwerbungen des Sklaven, wenn auch der Tradent kein Interesse an der Rückforderung hat, in dem definitiven Rechte von Niemand stehen, daß sie überhaupt in der Luft schweben. Dies wäre aber namentlich mit Rücksicht auf einen zum Faustpfand gegebenen Sklaven ein ganz sonderbarer Rechtserfolg. Es wird vielmehr analogisch die Bestimmung der l. 54 § 4 D. de A.R.D. anzuwenden sein.

Der römischen Sklaverei sind nicht unähnlich diejenigen modernen Rechtsverhältnisse, aus denen ein Dritter verpflichtet wird, für einen Anderen zu erwerben. Beamte müssen in bestimmten Fällen für den Staat Besitz und Eigenthum erwerben. Der Subhastationsrichter muß die gezahlten Kaufgelder für die Gläubiger erwerben, der Gerichtsvollzieher für den Extrahenten der Zwangsvollstreckung, während ihr Wille indifferent ist.[8]) Nach Art. 56 des H.G.B. dürfen Prokuristen oder zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellte Handlungsbevollmächtigte ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handlungsgeschäfte machen, sie müssen sich gefallen lassen, daß die für ihre Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden. Dies gilt konsequenterweise auch für den Besitzerwerb.[9]) Erwirbt daher ein Prokurist oder ein derartiger Handlungsbevollmächtigter den Besitz einer Sache in der Weise, daß der Erwerb als der des Handelsherrn angesehen werden muß, so ist dieser nicht verhindert, die Sache eigenmächtig in seinen Nutzen zu ziehen, es wäre auffallend, wenn er erst genöthigt wäre, gegen den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zu klagen, wenn er nicht ohne Weiteres und ohne erst die Erlaubniß des Prokuristen oder Bevollmächtigten einholen zu müssen, auf die Sache einwirken könnte. Auch hier wird nicht vorausgesetzt, daß dem Rechtsverhältnisse ein vollgültiger Vertrag zu Grunde liegt, es genügt wie beim römischen Sklaven, daß sich der Dritte nur thatsächlich in dem Verhältnisse eines

---

[8]) Sie unterschlagen daher die empfangenen Gelder dem Staate bezw. dem Dritten, für den sie erwerben müssen, (Entsch. Bd. III S. 12, Bd. I S. 124, I 154, I 61, I 114 des Reichsgerichts in Strafsachen.) Sonst entscheidet der Wille des Tradenten (l. c. I. 84).

[9]) In den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 18 S. 175 ist ausgeführt, daß der persönlich haftende Gesellschafter eine Kommanditgesellschaft für diese erwerben müsse, selbst wenn die Gegenstände in seiner Wohnung abgeliefert sind.

Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten befindet, denn schon dadurch wird seine Verpflichtung, für den faktischen Prinzipal zu erwerben, erzeugt. Aber hier muß das Rechtsverhältniß faktisch bestehen, der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte, der das Verhältniß eigenmächtig und selbst zu Unrecht faktisch gelöst hat, braucht nicht mehr für den Prinzipal zu erwerben, bis er in das Verhältniß zurückkehrt. Würde er aber dazu gezwungen sein, so würde der Kollisionsfall nach dem aufgestellten Prinzipe zu entscheiden sein.

Wir glauben nicht fehlzugreifen, wenn wir das Rechtsverhältniß eines Dienstboten, so weit er aus dem Vermögen der Herrschaft oder infolge der ihr zustehenden Arbeit erwirbt, einer analogen Beurtheilung unterziehen. Durch ihn wird der Besitz unter denselben Einschränkungen erworben, wie durch den Sklaven, an welchem der Römer einen usus-fructus hatte, l. 49 pr. de poss., Gaius II. § 94, l. 1 § 8 de poss. Schafft nun ein Dienstbote eine Sache, die er für die Herrschaft erwerben muß, sofort in seine eigene Gewahrsam und ergreift für sich Besitz, so ist es so anzusehen, als wäre der der Herrschaft erworbene Besitz in demselben Moment zu Unrecht wieder aufgehoben, derselben stehen publiciana und vindicatio zu. Ob sie auch usukapirt, bleibt zweifelhaft.[10a])

II. Vertragsverhältniß.

a) im Allgemeinen.

Das juristische Verhältniß, durch welches der Besitz vom Repräsentanten auf den Vertretenen übermittelt wird, braucht nicht nothwendig ein bindendes Vertragsverhältniß zu sein, es kann auf dem bloßen Willen des Vertreters beruhen, ebenso wie ein auf dem bloßen animus des Veräußerers ruhendes Konstitut denkbar ist. Savigny führt S. 308 aus, daß in der Regel Befehl oder Auftrag dem Erwerb selbst vorhergehen müsse. Das wichtige Institut der auftraglosen Geschäftsführung wird als auf den Besitzerwerb unanwendbar bei Seite geschoben, erst die ratihabitio soll den Besitzerwerb bewirken, S. 315, 316, nam ignoranti possessio non acquiritur.

Wir geben zu, daß diese Lehre die reinste Anwendung des Savignyschen Besitzbegriffes ist, denn wenn schon Wunder nimmt, wie man in einem Auftrage das Bewußtsein der mir unbekannten Besitzergreifung erblicken kann, so braucht der Geschäftsherr von der Handlung des

[10a]) Die Usukapion ist wohl richtiger zu verneinen, da der Dienstbote sofort corpore et animo einen entgegenstehenden Besitz erwirbt, also den Besitz des Gewalthabers sofort faktisch interrumpiren würde.

Geschäftsführers gar nichts zu wissen, so daß es ihm schwer fallen dürfte, das Bewußtsein physischer Herrschaft, also nach Savigny den Besitz zu erlangen. Andrerseits wird es keinem Praktiker entgangen sein, daß das Verkehrsleben gerade den Besitzerwerb durch nicht beauftragte Stellvertreter auf's Dringendste erfordert, und daß man sich unter dem Drucke der Savigny'schen Autorität nur hin und her windet, um schließlich einen derartigen Erwerb doch wieder zuzulassen.

Die Römer lehren überhaupt nicht, daß das Bewußtsein physischer Herrschaft die Voraussetzung des Besitzerwerbes durch Stellvertreter sei, sondern in kaum mißzuverstehenden Stellen ist das Gegentheil ausgesprochen,

Inst. II. 9 § 5:

excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem.

l. 34 § 1 D. de poss.:

et quum placeat ignoranti acquiri, poterit et erranti ...

Besitzerwerb soll auch ohne Kenntniß eintreten, und nur der Beginn der Usukapion wird bis zur Kenntniß suspendirt,

l. 47 D. de usurp.:

si emtam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam.

l. 49 § 2 de poss.:

etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit ...

l. 1 C. de poss.:

per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum est.

Worauf will denn die herrschende Schule ihre Behauptung gründen, daß alle diese Stellen nur auf den Fall des Auftrages und nun sogar, wie Savigny meint, des Spezialauftrages zu beziehen seien, während die Römer von jeder beliebigen freien Person, darunter auch vom Prokurator, der ebenfalls ein bloßer Geschäftsführer sein kann, sprechen, und die l. 53 D. de A. R. D. es mit aller Energie betont, daß wir dasjenige, was wir auf eine natürliche Weise erwerben können, wie den Besitz, durch jeden Beliebigen (per quemlibet) zu erwerben vermögen, vorausgesetzt, daß wir den Besitzerwerb wollen.

Nirgends haben die Römer gelehrt, daß der Besitzerwerb durch nicht beauftragte Geschäftsführer ausgeschlossen sei oder unter ganz abweichenden

Regeln stehe, wir finden in den uns zugänglichen Fragmenten des römischen Rechts die Anordnung des direktesten Gegentheils. Es ist ein klar liegender Widerspruch, daß während die Römer die Stellvertretung in sonstigen Rechtsverhältnissen nicht, sondern ausnahmsweise nur für den Besitz unbeschränkt zuließen, nunmehr die Theorie des gemeinen Rechts die Stellvertretung allgemein zuläßt, sie aber gerade beim Besitzerwerbe einzuschränken versucht. Ein derartiger Widerspruch kann unmöglich im römischen Rechte begründet sein, und nicht bloß die schon zitirten Stellen machen es klar, daß wir gerade nach römischer Vorstellung ausnahmsweise den Besitz durch jede freie Person erwerben können, sondern Ulpian spricht sogar in der l. 20 § 2 de A. R. D. von einem quasi procurator, worunter man doch wohl nichts anders verstehen kann, als einen bloßen Geschäftsführer:

> si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium.

Am entschiedensten wird aber die herrschende Theorie von Paulus reprobirt:

> alioquin si dicamus, per eos non acquiri possessionem, qui nostro animo accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem, l. 1 § 20 de poss.

Jeder, der den Besitz für uns ergreift, erwirbt uns den Besitz, eine andere Entscheidung würde die Sache besitzerlos machen, da der Vertreter den Besitz nicht für sich erwerben will, der Trabent ihn abgetreten hat.

Dieselben Grundsätze sind von den Römern für den Erwerb des vorläufigen Servitutenrechts angenommen,

l. 1 § 7 de itinere actuque priv. 43, 19:

> is, cujus colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere, vel actu, vel via, et idcirco interdictum habebit.

Widerlegt hier nicht Ulpian fast in jedem Worte des Gesetzes die Annahme, daß es sich um einen beauftragten Stellvertreter handle? Ja in dem § 8 macht er nur die eine Ausnahme von dem Erwerbe durch einen unbeauftragten Geschäftsführer, daß dieser in eigenem Namen gehandelt hat (suo nomine iter fecerit amicus meus.[10]) Sonst wird

[10]) In der l. 6 pr. si servitus amitt. heißt es:

> nam satis est fundi nomine itum esse.

Dies Gesetz bezieht sich allerdings nur auf die Zurückbehaltung der Servitut, weil

Erwerb des Interdiktenrechts auch durch den bloßen Geschäftsführer stets angenommen. Vielleicht könnte man die l. 3 § 4 eodem gegen uns anführen, denn dort referirt derselbe Ulpian eine offenbar von ihm gebilligte Ansicht des Julian dahin:

> per fructuarium autem hoc interdictum domino non competere, Julianus ait.

Aber wenn ein Fruktuar eine Wegegerechtigkeit neu auszuüben anfängt, so ist anzunehmen, daß er sie gar nicht für das Grundstück, sondern allein im Interesse seines Nießbrauchsrechts auszuüben beabsichtigt, und so steht auch die l. 3 § 4 innerhalb der von Ulpian selbst in der l. 1 § 7 l. c. entwickelten Gedanken.[11]) Es müssen stets besondere Umstände vorliegen, welche darthun, daß der Fruktuar auch als Beauftragter oder negotiorum gestor des Eigenthümers gehandelt hat.[12])

Die Savigny'sche Theorie hat nichts für sich als ihren widerspruchsvollen Begriff des Besitzes, der sonst aus corpus und animus, hier nur aus dem Bewußtsein physischer Herrschaft bestehen soll, und eine mißverständliche Auffassung folgender Gesetzesfragmente:

Paul. Sent. recep. V. 2 § 1:

> possessionem acquirimus ... animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.

l. 3 § 12 de poss. (conf. Savigny S. 307 No. 1).

Paul. Sent. recept. V. 2 § 2:

> sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

l. 42 § 1 de poss. (conf. Savigny S. 316).

---

dazu schon jede körperliche Fortsetzung auch durch Zufall, durch den Dritten, der nicht einmal für uns ausüben will, genügt, l. 21 eodem. Im Gegensatze hierzu wird für den Erwerb das Eine, aber auch nur dies erfordert, daß die Ausübung für uns geschieht.

[11]) Unrichtig ist daher die Schlußfolgerung, daß weil wir schon durch einen Fruktuar nicht erwerben, wir durch einen unberechtigten Dritten erst recht nicht erwerben. Dieser Schluß dürfte aber den Ausführungen Randa's S. 640 Note 3 zu Grunde liegen.

Der animus des Erwerbenden ist allerdings insofern nothwendig, als der Erwerb nur unter der Bedingung der Genehmigung sich vollzieht.

Das preuß. Ober-Tribunal führt in den Erk. vom 22. Dezember 1847, 18. Juli 1863, 8. Januar 1861 u. s. w. bei Rönne zu § 45. A.L.R. I. 7 (S. 270) aus, daß durch den Pächter Besitz unter der Bedingung der Genehmigung erworben werde. Damit geht es weiter als Ulpian in der l. 3 § 4 l. c., da dieser als Regel annimmt, daß Fruktuar und Pächter für sich erwerben wollen.

[12]) Aehnlich ist die Entscheidung bei Seuffert Bd. 23 Nr. 214.

Hieraus schließt Savigny, daß der Besitz erst mit der ratihabitio erworben werde. Aber Paulus, den wir als den gewichtigsten Gewährsmann für unsere Ansicht aufgerufen haben (conf. die Erklärung der l. 1 § 20 de poss.), kann sich unmöglich in dieser Weise widersprechen.[13]) Auch wir nehmen mit Paulus an, daß der Erwerbswille, so weit er überhaupt nothwendig ist, in der Person des Vertretenen vorhanden sein müsse, daß es darauf ankommt, daß er den Besitzerwerb vorher durch seinen Auftrag akzeptirt hat oder die Geschäftsführung nachträglich genehmigt. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Erwerbswille den Erwerbsakt begleiten muß. Wie wir bereits beim Besitzerwerbe von Mobilien ausgeführt haben, ist es überhaupt eine nur aus dem falschen Savigny'schen Besitzbegriffe fließende Aufstellung, daß der Erwerbswille sich im corpus zu versinnlichen habe. Noch Niemand hat es bezweifelt, daß durch ein constitutum possessorium der Besitz auch dann übertragen wird, wenn die Annahme der Willenserklärung bereits vorher erfolgt ist oder nachträglich hinzukommt, und so überträgt auch der Repräsentant, der beim Erwerbe des Besitzes die Sache sofort für einen Dritten besitzen will, den Besitz durch Willenserklärung. Nichts anderes sagt Paulus in der zitirten Stelle, er betont es gerade, daß der Besitz durch den Geschäftsführer auch in der Abwesenheit des Herrn erworben sei (absente autem domino comparata), freilich nicht anders, als wenn der Geschäftsherr den Besitzerwerb nachträglich genehmigt, dasselbe sagt Ulpian in der l. 42 § 1 de poss., und Papinian hebt in der l. 44 § 1 de poss. hervor, daß wenn auch zu einem Besitzerwerbe, der nicht ex causa peculiari erfolgt, die Wissenschaft des Herrn nothwendig sei, dennoch der Besitzerwerb durch das corpus des Sklaven sich vollziehe:

nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.

Hiermit sind wir freilich genöthigt, den Boden der Savigny'schen Besitztheorie zu verlassen, denn wie es überhaupt unmöglich ist, daß das angebliche corpus des Besitzes durch einen Stellvertreter erzeugt werde, so kann der Geschäftsführer in dem abwesenden Geschäftsherrn jedenfalls nicht das Bewußtsein physischer Herrschaft erwecken; wir glauben aber auf dem Boden des römischen Rechts zu stehen. Wir verlangen den Erwerbswillen in der Person des Vertretenen, aber nur so, wie er zum Erwerbe des vollkommenen Rechts zu behalten erfordert wird. Da wir für den Besitzerwerb das corpus und den animus aus dem Erwerbsakte

[13]) Derselbe Widerspruch würde sich dann auch bei Ulpian finden: l. 34 § 1 de poss., l. 20 § 2 eodem, l. 1 § 7. 8 de itinere auf der einen Seite, l. 42 § 1 de poss. auf der anderen.

des vollkommenen Rechts zu behalten entnehmen, wäre es sogar ein Widerspruch, hier nicht bloß den aller rechtlichen Erfordernisse entkleideten Erwerbswillen, sondern einen ganz anders gearteten Erwerbswillen zu verlangen. Hierdurch wird aber auch die Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter auf's Engste angeschlossen an die Lehre vom Erwerbe durch Mandatare und Geschäftsführer überhaupt, und andererseits stehen wir in vollständigster Harmonie mit der entwickelten Theorie vom Besitzerwerbe, da auch ein Konstitut sich auf den bloßen animus des Veräußerers stützen kann. Verschieden ist allerdings der Besitzerwerb infolge bindenden Konstituts und infolge des bloßen nicht bindenden Willens, also auch der Besitzerwerb infolge bindenden Vertrages des Vertreters und der Besitzerwerb infolge bloßer Geschäftsführung. Liegt bloß die letztere vor, so kann der Geschäftsführer seinen Willen noch stets zurücknehmen.[14]) Der Erwerber braucht nicht zu akzeptiren.

Nimmt man unsere Ansicht an, so fallen alle Kontroversen und Unterscheidungen zusammen, die hinsichtlich des Besitzerwerbes für juristische Personen (Staat, Gemeinde, Korporationen u. s. w.) aufgestellt sind. Wir halten die Ausführungen Randa's nicht für richtig, daß insbesondere bei Korporationen nur die Repräsentanten, nicht aber die einzelnen Korporationsmitglieder für die Korporation Besitz erwerben können, daß in Ansehung der Staats- und Gemeindesachen zu unterscheiden sei zwischen Sachen, welche im ausschließenden Privateigenthume des Staates und der Gemeinde stehen (Staats- und Gemeindevermögen im Sinne der §§ 287, 288 A. b. G.B.), z. B. Domainen, Häuser u. s. w., und Sachen, welche zwar dem Staate und der Gemeinde gehören, aber zum allgemeinen Gebrauche bestimmt sind, z. B. Gemeindeplätze, öffentliche Straßen, daß hier wie dort zwar der Besitzwille der Staats- oder Gemeindevertreter (Auftrag oder Genehmigung) zum Besitzerwerbe unerläßlich sei, allein daß während dort auch das Apprehensionsfaktum wieder nur durch die Vertreter resp. deren Beauftragte vorgenommen werden könnte, hier die Apprehension auch durch andere Personen genüge, wenn diese nur pro re publica gehandelt haben. In allen Fällen ist ein Besitzerwerb durch jede beliebige Person zuläßlich, und es ist gleichgültig, ob sie Repräsentant ist oder nicht, ob sie als Mitglied zur Korporation gehört oder nicht. Das eine Erforderniß ist stets unerläßlich, daß der Dritte für die Gemeinde[15]) gehandelt hat, und daß diese ent-

[14]) Hiervon findet nur eine durch die Natur der Verhältnisse gegebene Ausnahme statt bei dem Erwerbe von Grundgerechtigkeiten, weil diese der Stellvertreter gar nicht für sich erwerben kann.

[15]) Es wird darauf ankommen, ob sie als Vertreter (Mandatare oder Geschäfts-

weder durch vorhergehenden Auftrag mittels ihrer Repräsentanten oder durch nachträgliche Genehmigung den Besitzerwerb akzeptirt. Es ist eben nur richtig, daß eine Gemeinde durch eine jede beliebige Person zwar im corpus, nicht aber auch im animus (dem Auftrage oder der Genehmigung), sondern in diesem nur durch ihre gesetzlichen Organe vertreten wird, dadurch wird aber der Besitzerwerb durch nicht beauftragte Geschäftsführer nicht verhindert, vielmehr vollzieht er sich unter der Bedingung der Genehmigung. Ein rechtlicher Unterschied zwischen Besitzerwerb durch einen beauftragten und nicht beauftragten Stellvertreter erkennen allerdings auch die Römer an, l. 42 § 1 de poss. Pauli Sent. rec. V 2. § 1, aber das auf den bloßen animus des Veräußerers gegründete constitutum hat auch seine Besonderheiten. Im Falle des Auftrages ist bereits die Akzeptation des Besitzerwerbes durch den Stellvertreter gegeben, im Falle der Geschäftsführung fehlt noch die Akzeptation.

b) **Das vermittelnde Vertragsverhältniß in der Person des Empfängers (der Mittelsperson).**

Wenn der Besitz ohne eigenes corpus des Erwerbers übertragen werden soll und die Vermittlung nicht durch Gesetz oder Willen des Tradenten stattfindet, so ist die Voraussetzung, daß dieselbe durch ein Rechtsverhältniß zum Empfänger der Sache (a) bindenden Vertrag, b) Mandat, c) negotiorum gestio) bewirkt wird.

a) Liegt ein bindender Vertrag vor, so muß die Mittelsperson für den Vertretenen erwerben. Ihr corpus dient demselben ohne Weiteres infolge des bindenden Vertrages. Wenn ich Jemand beauftrage, eine Sache oder Geld für mich in Empfang zu nehmen, und er nimmt dies Mandat an, so muß er für mich besitzen. Dies gilt sogar dann, wenn das Mandat zurückgenommen ist, der Empfänger es aber noch gegen sich gelten lassen muß, weil er auf Grund desselben gehandelt hat (conf. l. 12 § 2 D., l. 18 D. de solut. et Titius [der stellvertretende procurator] furti actione tenebitur). Der Empfänger unterschlägt daher die

---

führer) der politischen oder der Realgemeinde gehandelt haben. Die eine Möglichkeit des Besitzerwerbes grundsätzlich auszuschließen, wie in dem Pr. 1126 des Preuß. Obertribunals liegt u. E. keine Veranlassung vor. Man wird nur verlangen können, daß aus den Umständen erhelle, für wen Besitz erworben sein solle.

Gemeindemitglieder als solche können nun allerdings den nothwendigen Willen nicht haben (quia uni consentire non possunt (l. 1 § 22 de poss.). Der Beginn der Usukapion muß also bis zur Kenntniß der Repräsentanten suspendirt werden. Wenn man aber zum Beginn der Usukapion Kenntniß nicht mehr verlangt, so beginnt auch der Usukapionsbesitz unter der Bedingung der Genehmigung.

Sache dem Vertretenen. Dieselbe Rechtsauffassung muß Platz greifen, wenn ich Jemand eine Sache mit dem Auftrage einhändige, dieselbe für mich zu verkaufen und gerade das erlöste Geld mir einzuhändigen, oder wenn ich ihm Geld einhändige mit dem Auftrage, eine Sache mir zu kaufen. Unterschlägt der Empfänger das erlöste Geld oder die gekaufte Sache, so wird dieselbe mir unterschlagen.[16]) Der Vertrag geht direkt dahin, daß der Beauftragte für mich besitzen solle. Deshalb ist sein entgegenstehender Wille ein rechtliches Nichts, da er sich selbst die causa seines Besitzes nicht zu ändern vermag und sein Wille nur als Unrecht, nämlich das furtum begründend, in Betracht kommen kann. Es ist aber stets zu untersuchen, ob der Vertrag auch gerade darauf gerichtet ist, daß der Stellvertreter für den Vertretenen besitzen solle.

b) Das bloße Mandat zu kaufen verpflichtet[17]) noch Niemand, Besitz für den Mandanten zu erwerben. Der Mandatar erwirbt wegen seines Interesses grundsätzlich den Besitz für sich und muß ihn erst durch Realtradition oder Konstitut übertragen.

Im Falle eines derartigen Mandats zu kaufen ist es nothwendig, daß der Vertreter sofort für uns besitzen wolle, und dieser Wille muß aus seiner Handlungsweise deutlich erhellen. Paulus fordert in der l. 47 D. de usurp., daß unser Vertreter die gekaufte Sache für uns ergriffen habe:

> si emtam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit,

in der l. 1 § 20 de poss., daß er sie in unserem Namen in Empfang genommen habe:

> qui nostro nomine accipiunt,

in den Sent. Rec. V. 2 § 2 spricht er von einer possessio absente domino comparata, womit gewiß deutlich ausgesprochen ist, daß auch der Besitz für den abwesenden Herrn sofort erworben sein müsse. Es genügt daher keineswegs, daß Jemand eine Sache in unserem Auftrage

---

[16]) Das Reichsgericht ist für beide Fälle anderer Ansicht. (Entsch. in Str.S. Bd. III S. 150 Bd. II S. 186.) Es nimmt an, die von dem Auftraggeber dem Empfänger eingehändigte Sache (bezw. das Geld) werde unterschlagen. Dies kann aus dem Grunde nicht richtig sein, weil mit der Sache dem Auftrage gemäß verfahren wird. Die l. 59 D. de A. R. D., l. 13 § 2 D. de usurp. 41. 3, l. 6 C. si quis alt. 4. 50, l. 2 C. de his, qui a non domino erscheinen unrichtig angewendet, weil sie sich theils nur auf das bloße Mandat zu kaufen, theils nur auf den Fall beziehen, daß ohne Auftrag mit fremden Gelde gekauft ist.

[17]) Ebensowenig verpflichtet die Tutel oder Kuratel, alle Sachen gerade dem Mündel zu erwerben.

kauft und übergeben erhält;[18]) in der Regel wird vielmehr anzunehmen sein, daß er den Besitz der Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises und der von ihm vorzunehmenden Tradition zurückbehalten und demnächst erst auf uns übertragen wolle.[19]) Für das constitutum kann niemals eine Vermuthung sprechen. Ganz klar wird dieser Grundsatz von Callistratus in der l. 59 D. de A. R. D. ausgesprochen:

res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, l. 8 § 10 D. mand., l. 55 D. mand. 17. 1;

nur muß man sich bei Erklärung dieser Stelle es gegenwärtig halten, daß auch im constitutum eine Besitzübergabe zu erblicken ist, und daß es daher genügen muß, wenn der Stellvertreter beim Erwerbe den Besitz für den Vertretenen direkt erwerben will und dies durch eine besondere Handlung manifestiert.[19a]) Die reinste Konsequenz des aufgestellten Rechtsgrundsatzes zieht der Kaiser Alexander in der l. 2 C. de his, qui non a domino 7. 10: Wenn Jemand in Deinem Auftrage einen Sklaven gekauft, aber Eigenthum und Besitz durch körperliche Tradition oder Konstitut auf Dich noch nicht übertragen und demnächst den Sklaven freigelassen oder an einen Dritten veräußert hat, so forderst Du ohne Erfolg, daß der Besitz des Sklaven Dir zurückgegeben werde.

Auch Scaevola erkennt in der l. 135 D. de V. O. an, daß in dem Kaufe und der Besitzergreifung seitens des Mandatars an sich Besitz- und Eigenthumserwerb des Vertretenen noch nicht zu erblicken ist. Savigny bemerkt S. 307 Note 3, daß in den Fällen der l. 59 D. de A. R. D., l. 2 C. de his, qui non a domino das Mandat selbst darauf gerichtet gewesen sei, daß der Prokurator die Sache in eigenem Namen kaufen, also selbst das Eigenthum erwerben und auf den mandans über-

[18]) So bemerkt auch Randa S. 477, daß mit dem bloßen Mandate zur Anschaffung einer Sache noch keineswegs eine Stellvertretung beim Besitzerwerbe gegeben sei.

[19]) Ihering spricht in diesem Falle von einem Ersatzmanne. Wir halten die Bezeichnung für wenig treffend, da bei dem s. g. Ersatzmanne von einer Stellvertretung im Besitzerwerbe nicht die Rede sein kann. Was soll er denn ersetzen? Ebenso wenig bezeichnend ist der Ausdruck „Vertreter im eigenen Namen." Wer für sich den Besitz erwirbt, um ihn erst später zu übertragen, vertritt überhaupt nicht im Besitzerwerbe.

[19a]) Das Konstitut ist auch hier nur verpflichtend und bindend:

a) wenn es akzeptirt ist. Jedoch liegt die Akzeptation schon im Auftrage zu kaufen;
b) wenn es dem Destinatär gegenüber erklärt ist. Jedoch genügt es, wenn Destinatär und Mittelsperson vorher darüber übereingekommen sind, daß die Mittelsperson die eingekauften Waaren für den Destinatär in Verwahrung nehmen solle und sie demgemäß verfährt;
c) wenn eine gültige causa zu Grunde liegt.

tragen sollte. Von dieser Beschränkung enthalten aber die Gesetze nichts, vielmehr enthält das Mandat zu kaufen an sich keine Verpflichtung des Mandatars, den Besitz für den Mandanten zu erwerben. Selbst der Abschluß des Rechtsgeschäfts auf eigenen Namen oder sofort auf den Namen des Vertretenen kann keine entscheidende Bedeutung haben. Trotzdem die Mittelsperson auf den Namen des Vertretenen abschließt, kann sie den Besitz zunächst für sich erwerben wollen, trotzdem sie das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abschließt, kann sie durch eine besondere Handlung den Besitz sofort auf den Dritten übertragen. Durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts werden nur die obligatorischen Beziehungen bestimmt.[20])

Ein Kommissionär erwirbt um deshalb nicht den Kommittenten Besitz und Eigenthum, weil und soweit er nicht verpflichtet ist, den Besitz für den Kommittenten zu erwerben. Eine gewöhnliche Einkaufskommission erzeugt diese Verpflichtung nicht.[21])

Wenn daher ein Kommissionär insbesondere für verschiedene Kommittenten Waaren aufkauft, so wird nur unter besonderen Umständen anzunehmen sein — Randa verlangt sogar den erklärten Willen des Kommissionärs[22]) —, daß dem Kommittenten Besitz und Eigenthum erworben ist. In der Regel wird der Kommissionär, der noch eigne Ansprüche zu machen hat, für sich besitzen wollen. Dazu kommt, daß auch hier die Regel des Konstituts zur Anwendung zu bringen ist, daß der Besitzerwerb durch Willenserklärung allein nicht weiter reicht als die Möglichkeit körperlicher Tradition; und wenn nun gar der Kommissionär die gekauften vertretbaren Gegenstände ungetrennt auf Lager liegen hat, so ist an die Möglichkeit einer Besitzübergabe nicht zu denken.[23])

Hiernach wird der zum Einkauf beauftragte Stellvertreter stets durch

---

[20]) Daher ist es nicht zu billigen, wenn Goldschmidt H.R. II § 66 den Besitz und Eigenthumserwerb des Kommittenten deshalb leugnet, weil der Kommissionär im eigenen Namen abschließt. Wer soll denn den Besitz haben, wenn der Kommissionär ihn nicht haben will? l. 1 § 20 D. de poss.

[21]) Hierin weichen wir von der herrschenden Meinung ab. Durch besondere Verabredung oder sonst kann der dahin gerichtete Vertragswille der Kontrahenten klar sein, daß die Sache sofort für den Kommittenten erworben werden solle. Dasselbe gilt unbedenklich auch bei der Verkaufskommission. Es kann bestimmt werden, daß der Kommissionär das eingenommene Geld selbst abliefere. Dann erwirbt er es sofort dem Kommittenten und unterschlägt es ihm eventuell.

[22]) Soweit können wir Randa allerdings nicht folgen. Ob ein Konstitut vorliegt oder nicht, ist stets eine Thatfrage, und auch konkludente Handlungen sind zur Begründung desselben geeignet.

[23]) Übereinstimmend sind die Erkenntnisse Seuffert. Archiv Bd. 30 Nr. 231, Bd. 12 Nr. 122.

eine besondere Handlung oder Erklärung seinen Willen zu manifestiren haben, daß er für den Vertretenen besitze, und zwar wird diese Manifestation dem Vertragsrechte entsprechend dem Vertretenen gegenüber zu erfolgen haben, um eine bindende Verpflichtung des Stellvertreters zu erzeugen, für den Vertretenen zu besitzen.

Dagegen liegt die Akzeptation dieser Erklärung bereits im Auftrage, so daß es einer besonderen Akzeptation nicht mehr bedarf.[24])

c) Der bloße nicht bindende Wille des Empfängers, die negotiorum gestio desselben vermittelt den Besitz zwar ebenfalls, aber der bloße Wille kann stets zurückgenommen werden, und die Akzeption erfolgt erst in der Genehmigung.[25])

Da nun, wie wir gesehen haben, der Besitz durch bindenden Vertrag mit dem Repräsentanten und seinen bloßen Willen übermittelt werden kann, ist es möglich, daß Gesetz und Wille kollidiren können. Für diese Fälle sind folgende Regeln aufzustellen:

a) der bloße Wille der gewaltunterworfenen und durch Vertrag verpflichteten Person, für sich zu besitzen, ist unerheblich.

Es ist vollständig gleichgültig, ob der Hausſohn, die Ehefrau, der Sklave, der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte, der Dienstbote für den Gewalthaber oder für sich besitzen wollen, wenn es sich nur um einen Gegenstand handelt, den sie dem Gewalthaber erwerben müssen. Vermöge rechtlicher Bestimmung dient selbst der Wille, für sich zu besitzen, dem Gewalthaber. Die Römer gehen sogar bei dem von Sklaven erworbenen oder zurückgehaltenen Besitz soweit, daß diese den Besitz des Herrn nicht einmal durch Kontrektation vernichten können, l. 15, l. 40 pr. de poss., l. 33 § 6 de usurp. In dieser Rechtskonsequenz liegt wohl nach der herrschenden Theorie, nicht aber nach der unsren eine Unbegreiflichkeit. Denn so wenig ist das Bewußtsein physischer Herrschaft in der Seele des Gewalthabers vorhanden, daß ihm sogar der Wille des Gewaltunterworfenen, in dem man vielleicht sonst ein Surrogat seines

[24]) Daher sind die dahin gehenden Entscheidungen, daß es einer besonderen Akzeptation nicht bedürfe (Seuffert Anh. Bd. 34 Nr. 179, 270) zwar gerechtfertigt, der angegebene Grund, daß das constitutum den Grundsätzen des Besitzerwerbes durch Stellvertreter, nicht aber den allgemeinen Grundsätzen über Verträge unterstehe, ist aber unrichtig. Die Akzeptation liegt bereits im Auftrage.

[25]) Reuling Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 327 betont zwar Savigny gegenüber mit Recht die causa traditionis an den Stellvertreter. Er geht aber andrerseits viel zu weit, wenn er den Willen auch den objektiv und äußerlich erkennbaren Willen gar nicht für geeignet erachtet, den Besitz zu übertragen. So extreme Auffassungen schaden u. E. der Wahrheit. Reuling verkennt u. E. den Unterschied zwischen dem verpflichtenden und nicht verpflichtenden Konstitut.

eigenen Willens erblicken könnte, feindlich entgegentritt. Nach unsrer Theorie dagegen ist anzunehmen, daß zum Besitzerwerbe niemals mehr Wille erfordert wird, als zum Eigenthumserwerbe, und wo man ihn für den letzteren nicht fordert, kann er auch für den Besitzerwerb demselben nicht entnommen werden, der Besitz der gewaltunterworfenen Person dient dem Gewalthaber, da dieselbe sich durch den bloßen Willen die causa ihres Besitzes nicht ändern kann.

b) wenn die gewaltunterworfene Person nominatim für einen Dritten erwirbt, tritt Besitzerwerb überhaupt nicht ein.[26])

Wenn der Sklave eines einzelnen Herrn sich nominatim für einen Dritten tradiren läßt, so wird dem Herrn der Besitz nicht erworben, l. 1 § 19 de poss. Dem Dritten ist aber der Besitz ebenfalls nicht erworben, wenn sich der Sklave zu dem Herrn thatsächlich im Sklavenverhältnisse befindet, denn nur dann kann ein Sklave wie ein Freier auch für einen Dritten den Besitz erwerben, wenn er selbst nicht besessen wird, l. 34 § 2 de poss., l. 31 § 2 de usurp. et usuc.

Auch diese Rechtskonsequenz folgt aus unserer Besitztheorie, da die Erwerbserfordernisse für den Besitz sich in der Person von Zweien vereinigen. Mag man nun in diesem Falle behaupten, daß keiner von ihnen besitzt, oder daß sie beide besitzen, so viel liegt bei jeder Annahme klar, daß keiner gegen den Anderen die Besitzvortheile geltend machen kann, und daß die Sache zwischen ihnen bloß aus dem definitiven Recht zu entscheiden ist. Im vorliegenden Falle spricht für den Besitz des Herrn, daß sein Sklave die Sache erworben hat und dieser für ihn erwerben muß, für den Besitz des Dritten, daß der Sklave den Besitz nominatim für ihn erworben hat. Folge davon ist, daß zwischen Herrn und Dritten die Besitzverhältnisse lediglich durch die Prävention entschieden werden. Die Usukapion kann nicht beginnen, bevor sich nicht einer von beiden in den körperlichen Besitz gesetzt hat. Auch für den Eigenthumserwerb wird der Traditionsakt für ein rechtliches Nichts erklärt. l. 37 § 4 de A.R.D.

Quod unius servus per traditionem accipiendo se accipere dixerit domino et Titio, partem domino acquiret, in parte nihil agit,

d. h. der Tradent kann die Realtradition als nicht geschehen behandeln, und die Sache wird nach dem beurtheilt, was sonst geschehen ist. Hat also schließlich derjenige, dessen Eigenthum herbeizuführen er beabsichtigte,

---

[26]) Von dieser Regel wird nur dann eine Ausnahme zuzugeben sein, wenn nach der dem Sklaven überlassenen Geschäftsverwaltung das Rechtsgeschäft als für Rechnung als zu Gunsten des Herrn geschlossen gilt. Dann ist es so zu beurtheilen, als hätte der Herr es selbst abgeschlossen.

die Sache erlangt, so wird dem Tradenten die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen, l. 1 § 5 D. de except. rei venditae et trad. 21. 1, hat der Trabent im Auftrage des Herrn oder Dritten die Sache dem Sklaven übergeben, so wird zwar nicht wegen der Realtradition, die ein nichts ist, wohl aber wegen des vorliegenden Konstituts dem Herrn oder dem Dritten die Sache erworben. Sonst verbleiben die Rechte aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze dem Tradenten, und er hat die rei vindicatio.

Auch hier glauben wir nicht vor einer Rechtsantiquität zu stehen. Wenn eine gewaltunterworfene Person ausnahmsweise für einen Dritten erwirbt, wird man auch jetzt den Gewalthaber nicht verhindern können, zumal wenn er von dem Ausnahmefalle nichts weiß, sich der Sache zu bemächtigen, und eine Entscheidung gegen ihn wird sich nur aus dem definitiven Rechte finden lassen.

Aber auch der Dritte, für den der Besitz erworben, wird sich der Sache bemächtigen können, und die besitzrechtlichen Garantien werden sich gegen ihn nicht verwenden lassen. Nach Art. 56 H.G.B. kann aber ein Prokurist oder Handelsbevollmächtigter in bestimmten Fällen nicht einmal nominatim für einen Dritten erwerben. Das definitive, relative oder absolute Recht muß daher dem Prinzipal zugesprochen werden. Trotzdem würde ihm nach streng römischer Auffassung die Usukapion zu verweigern sein, bis er sich selbst in den körperlichen Besitz gesetzt, wenn auch zugegeben werden muß, daß nach moderner Rechtsanschauung die Sache zweifelhaft erscheint. Endlich läßt sich nicht verkennen, daß dem Tradenten, der ein Interesse an einem anderen Besitzerwerb hat, ein Rückforderungsrecht gegeben werden muß. Das „nihil agit“ der l. 37 § 4 D. de A.R.D. gilt in gewisser Beziehung auch für die Gegenwart.

c) wenn die gewaltunterworfene Person den Besitz corpore et animo für sich erwirbt, gilt der Besitz des Gewalthabers für erworben und zu Unrecht aufgehoben.

Der nothwendige Repräsentant kann den Besitz des Repräsentirten freilich nicht durch seinen bloßen Willen vernichten, denn sein Wille, für sich zu erwerben, gilt eben nichts. Aber nach moderner Rechtsanschauung hat auch der nothwendige Repräsentant eine besondere Gewahrsam und einen besonderen Willen für sich. Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß eine gewaltunterworfene Person auch dem Gewalthaber den Besitz corpore et animo entziehen kann. Anders stand die Sache im römischen Rechte, wo dem der Gewalt unterworfenen Haussohne und Sklaven in rechtlicher Beziehung weder eine besondere Gewahrsam

noch ein besonderer Wille zugesprochen wurde. Daher konnte dem Gewalthaber der Besitz nicht einmal durch Diebstahl entzogen werden, l. 15 D. de poss.

Frage ist für das moderne Recht, wenn eine der Gewalt unterworfene Person eine Sache, die sie dem Gewalthaber erwerben müßte, sofort in ihre besondere Gewahrsam schafft, wenn sie im Falle des Grundstückserwerbs den Gewalthaber nicht zuläßt, ob trotzdem dem Gewalthaber Besitz und mit welcher Rechtswirkung erworben ist.[27]) Wir bezweifeln den Besitzerwerb des Gewalthabers nicht, denn das corpus alienum kann er für sich in Anspruch nehmen, und auch gegen den Willen des Unterworfenen wird ihm der Besitz durch Rechtssatz übermittelt. Aber dieser Besitz wird doch in demselben Momente wieder aufgehoben, indem die gewaltunterworfene Person für sich den Besitz erwirbt. Dem Gewalthaber werden daher die besitzrechtlichen Garantien versagen, das interdictum unde vi wird nicht begründet sein, zumal die gewaltunterworfene Person zur Erlangung des körperlichen Besitzes einer gewaltsamen Handlung nicht bedurft hat, das interdictum uti poss. kann selbstverständlich nicht dazu dienen, die Herausgabe des Besitzes zu erzwingen. Dagegen stehen dem Gewalthaber vindicatio und publiciana zu.[28]) Hinsichtlich der Usukapion ist die Sache zweifelhaft. Nach der Analogie des flüchtigen Sklaven kann man sie für begründet erachten, nach sonstigen nicht.

2. Das vermittelnde Vertragsverhältniß in der Person des Tradenten.

a) Prinzip.

Die herrschende Theorie hält es für ein nicht zu bezweifelndes Dogma, daß der Besitz nur durch Willenserklärung desjenigen auf den Vertretenen übermittelt werden könne, der den Besitz der Sache corporaliter erlangt. Auch Randa giebt zwar auf Grund der l. 13 D.

[27]) Man denke an den Fall, daß ein Prokurist die gekaufte Sache gar nicht in das Geschäftslokal abliefert. Aus dem im Texte Gesagten ergeben sich für diesen Fall die Konsequenzen, daß

a) der Prinzipal sich der Sache nicht eigenmächtig gegen den Willen des Vertreters bemächtigen kann, ihm die eigenmächtige Einwirkung aber zusteht, so lange der Prokurist seinen entgegenstehenden Willen nicht manifestirt hat.

b) daß zwar nicht das Interdikt, wohl aber die publiciana begründet ist.

[28]) Die Praxis zweifelt darüber, ob die gewaltunterworfene Person, die in den dargestellten Fällen den Besitz sofort für sich erwirbt, eine Unterschlagung begeht. Nach unsrer Auffassung ist die Bejahung der Frage auch theoretisch gerechtfertigt. Der Beamte, der staatliche Gelder für sich einnimmt, unterschlägt, indem er den dem Staate zustehenden Besitz zu seinen Gunsten vernichtet.

de donat. 39. 5 eine Ausnahme für das römische Recht zu, für das österreichische Recht und als Prinzip lehrt er aber, daß der Wille des Besitzempfängers nothwendig sei, Besitz zu erwerben, und zwar nicht für sich, sondern für den Repräsentirten. Seines Erachtens enthält l. 13 cit. eine Singularität, welche einen bedenklichen, auch unnöthigen Bruch in die Konsequenz des Rechts bringt. (S. 474 Note 27). Savigny steht, da er den animus possidendi in der Person desjenigen, der den Besitz körperlich erwirbt, fordert, auf demselben Standpunkte, und wenn er auch auf Grund der römischen Gesetzesfragmente bei der Tradition die Absicht des tradens entscheiden läßt, so glaubt er doch die Wirkung dieser angeblichen Ausnahmebestimmung durch die Betrachtung aufheben zu müssen, daß es sich von selbst verstehe, daß dieses nur auf die nächste unmittelbare Wirkung der Tradition selbst gehe, daß also der untreue Repräsentant gleich nachher für sich selbst dennoch Besitz erwerben könne.

Wir erblicken in dieser gleichsam souveränen Hintenansetzung des römischen Rechts eine sehr bedenkliche Klippe, an der auch u. E. die herrschende Theorie gescheitert ist. Es liegt kein Grund vor, den vermittelnden Willen nur in der Person desjenigen zu suchen, der den Besitz körperlich erwirbt, derselbe kann und muß auch in der Person desjenigen gesucht werden, welcher den Besitz veräußert. Warum soll denn dieser nicht erklären dürfen, daß er durch einen Anderen nur noch für den Vertretenen besitzen wolle, weshalb soll ein constitutum possessorium nicht auch durch seine Willenserklärung begründet werden können! Auch durch die Willenserklärung des Tradenten, daß er die Sache für uns übergebe, erwerben wir den Besitz.

U. E. ist die Kontroverse durch Justinian in einer sonst wenig beachteten Stelle direkt entschieden. l. 9 C. si quis alteri 4. 50:

vel certe venditore tantummodo volente dominium transferri.

a) Der Trabent kann nun sofort mit dem Empfänger der Sache als dem Mandatare oder Geschäftsführer des Dritten, des Destinatärs, abschließen. Dann ist die Tradition realiter vollendet.[28a]) l. 26 § 5 D. mandati l. 12, l. 18 D. de solut. Der Wille des Empfängers der Sache, der verpflichtet ist, für den Dritten zu erwerben, der aber für sich erwerben will, ist auch hier für ein rechtliches Nichts anzusehen. Der Vertretene kann selbst gegen den Willen des Tradenten die Tradition genehmigen. l. 24 D. de neg. gest. 3. 5.

[28a]) D. h. dem Tradenten gegenüber. Das Verhältniß zwischen Destinatär und Mittelsperson unterliegt je nach den verschiedenen Fällen einer besonderen Beurtheilung.

Aber der Empfänger der Sache braucht nicht die Absicht zu haben, unser Geschäft zu führen, ja er braucht es nicht zu wissen, daß uns der Besitz erworben sein soll. Wenn z. B. ein Buchhändler einer Botenfrau ein gekauftes Buch aushändigt, oder einem Fuhrmann oder einer den Transport von Gütern besorgenden Gesellschaft Waaren für uns übergeben werden, so ist es gewiß unerheblich, was diese Personen oder die Beamten der Gesellschaft sich dabei denken. Auch wenn sie meinen, das Buch oder die Sache solle uns bloß geliehen sein, oder solle uns bloß zur Ansicht überschickt werden, so kann doch diese ihre Meinung auf den Besitzerwerb nicht den geringsten Einfluß haben.

b) Der Trabent, welcher mit dem Empfänger der Sache nicht als mit einem Mandatar oder Geschäftsführer des Destinatärs abschließt, kann nun selbst entweder Mandatar oder Geschäftsführer sein. Handelt der Trabent im Auftrage des Destinatärs, so bleibt ihm zwar das corpus erhalten, weil der Empfänger als sein Stellvertreter gilt, durch seinen Willen übermittelt er aber sofort den Besitz auf den Destinatär, da derselbe im Auftrage bereits akzeptirt ist. Der Fall der Kollision ist hier sofort gegeben, und behandeln wir ihn als den theoretisch wichtigsten zunächst, um unser Prinzip klar zu stellen.

Der Trabent übergiebt im Auftrage eines Dritten für diesen, der Stellvertreter will für sich Besitz und Eigenthum erwerben. Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Besitz dem Stellvertreter erworben ist, denn er besitzt corpore et animo und hebt vermöge der in seiner Person sich vereinenden Erwerbsmomente jeden anderen Besitz auf.

Frage ist nur, wem der Besitz zu Unrecht entzogen ist, dem Trabenten oder dem Dritten, wem Schadensersatzklage publiciana und vindicatio zustehen.

Der Trabent hat eine Erklärung abgegeben, daß er dem Dritten tradiren wolle. Dieselbe ist auch bereits im Mandate akzeptirt. Die Realtradition ist allerdings ein rechtliches Nichts, weil sie übereinstimmenden Willen voraussetzt. Die Sache muß daher nach dem beurtheilt werden, was sonst geschehen. Das heißt: Der Destinatär erwirbt nicht infolge der Realtradition, wohl aber infolge Konstituts, durch akzeptirte Willenserklärung des Trabenten den Besitz[28b]), l. 13 D. de donat. 39. 5, l. 37 § 6 de A. R. D. Der Trabent wird also liberirt, und der Destinatär wird Eigenthümer auf Grund des Konstituts. l. 3 § 12 de donat. 24. 1 nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem simulaverit, a

[28b]) Derselbe gilt nur als sofort wieder aufgehoben, weil die Mittelsperson corpore et animo Besitz erwirbt.

debitore tuo jubente te pecuniam acceperit et furti actionem te habere constat, et ipsam pecuniam tuam esse. l. 18 D. de solut., l. 32 de reb. cred.[29]) Dies gilt selbst dann, wenn der Tradent von der Zurücknahme des Mandats nichts weiß. l. 26 § 1 D. mand., l. 32. 108 D. de sol. Wenn Jemand den Tradenten angewiesen hat, dem Empfänger zu zahlen, damit dieser Darlehnsschuldner des Anweisenden werde, dieser denkt aber, er bekomme das Geld von einem Anderen, so wird das Geld trotzdem dem Anweisenden erworben, wenn auch kein Darlehnsvertrag zu Stande kommt. l. 22 D. de reb. cred. 12. 1. Die Schenkung wird perfekt, denn wenn auch die Realtradition ein Nichts ist, so wird sie doch gerade, weil der Wille des für sich erwerbenden Stellvertreters rechtlich indifferent ist, durch das constit. poss. getragen. l. 3 D. de donat., l. 37 § 6 D. de A. R. D., l. 77 D. de reivind. 6. 1.

Da aber dem Tradenten nur ein constitutum entgegensteht, kann er die Sache noch zurücknehmen, soweit er nicht verpflichtet war, die Sache zu tradiren. Erhält er in diesem Falle die Sache zurück, so ist jeder Rechtseffekt aufgehoben. Im Uebrigen kann nach der herrschenden Ansicht der Tradent aus der ungiltigen causa auf Rückzession der Rechte aus dem aufgehobenen Besitz klagen. l. 14 de cond. 12. 4, l. 6 § 2 de cond. ind. 12. 6. Nur Afrikan konstruirte das Rechtsverhältniß etwas anders, indem er den Destinatär aus der rechtsgiltigen causa auf Cession der vindicatio klagen läßt. l. 38 § 1 de sol. (Dagegen vergl. jedoch Paulus l. 26 de donat., Ulpianus l. 3 § 12 de donat., l. 18 D. de sol., Julianus l. 32, l. 34 § 4 de solut., l. 3 § 12 de donat., l. 14 de cond. 12. 4.

c) Endlich kann der Tradent ohne Auftrag handeln. Dann stützt sich der Besitzerwerb auf den bloßen nicht bindenden Willen des Tradenten, der stets noch zurückgenommen werden kann. Eigenthumserwerb und Liberation treten daher nur infolge der Genehmigung ein. l. 14 de cond. 12. 4, l. 12 § 4 de solut., l. 34 § 4 eodem. Die Schenkung wird nicht perfekt l. 2 § 6 de donat. 32. 5.

---

[29]) Analog wird entschieden, wenn im Auftrage des Destinatärs an den Empfänger zu einem Zwecke gezahlt ist, der aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht eintreten kann. l. 6. 9 D. de cond. 12. 4. Dem Destinatär wird trotzdem das Eigenthum und der Besitz erworben, trotzdem der Uebergang des Eigenthums von ihm auf den Empfänger nicht eintritt. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß der Ehemann anweist, an seine Ehefrau zu zahlen, um dieser zu schenken. l. 3 § 12, l. 26 de donat. 24. 6. Hat allerdings der Tradent auch nur mit Rücksicht auf den nicht eintretenden Zweck bezahlt, so steht ihm die Rückforderungsklage zu. l. 6. 7. 9 de condict. 14. 4.

Da weder eine giltige Realtradition, noch ein bindendes Konstitut vorliegt, wird die Sache dem Tradenten unterschlagen. l. 43 § 1 de furtis. Im Falle daß der Destinatär nicht genehmigt, muß gegen den falsus procurator kondizirt werden. l. 14 D. de cond., l. 58 D. de solut.

Bei unsrer Auffassung des Konfliktsfalles dahin, daß der Traditionsakt zwar nichtig sei, sonst aber auf das gesehen werden müsse, was geschehen, ob ein bindendes oder nicht bindendes, ein akzeptirtes oder nicht akzeptirtes Konstitut vorliegt, erklären sich auch die anscheinend widerspruchsvollen Entscheidungen der Pandekten,

1) **l. 52 § 11 de furtis (Ulpianus).**

Wenn ich einen Händler beauftrage, Jemandem, der sich in meinem Namen melden wird, die Waaren herauszugeben, und ein Anderer hört dies und nimmt die Waaren für sich in Empfang, so werden die Waaren dem Händler unterschlagen. Der Rechtseffekt der realen Tradition wird dadurch vereitelt, daß der Empfänger für sich besitzen will. Auch ein Konstitut liegt nicht vor, denn der Auftrag des Käufers ging nicht dahin, gerade dem Empfänger die Sache auszuantworten. Der Trabent hat sich nicht innerhalb des Mandates gehalten, wenn er auch aus Irrthum gehandelt hat, und gerade dies wird von Ulpian als Grund seiner Entscheidung angegeben (non mihi sed sibi negotium gessit).

2) **l. 18 D. de solut. (Ulpianus), l. 38 § 1 eodem (Africanus), l. 34 §§ 3. 4 eodem (Julianus), Paulus l. 3 § 12 de donat. 24. 1, Ulpianus l. 12 § 16 D. 17. 1.**

Der im Auftrage des Gläubigers an eine Mittelsperson zahlende Schuldner überträgt stets Eigenthum und wird stets befreit. Afrikan wendet nur, da eine Realtradition nicht vorliegt, sondern nur ein von der causa abhängiges Konstitut, eine veraltete Konstruktion an, um schließlich zu demselben Resultate zu gelangen. Der anweisende Gläubiger hat publiciana und vindicatio und die actio furti für den Fall der Unterschlagung. Anders verhält es sich, wenn ohne Auftrag gezahlt ist. Dann ist der Gläubiger an nichts gebunden, und der Trabent ist auf die vindicatio und actio furti angewiesen.

3) **l. 13 D. de donationibus 39. 5 (Ulpianus), l. 37 § 6 de A. R. D. (Julianus).**

Ulpian sagt: ein gemeinschaftlicher Sklave, dem eine Sache für mich übergeben wird, muß für mich erwerben, und hieran ändert der Wille desselben, daß er für den Sozius oder für den Sozius und mich erwerben will, nichts; dasselbe gilt ja unbedenklich auch vom freien Stellvertreter: zwar ist die Realtradition ein rechtliches Nichts, weil es an dem Konsens

der Handelnden fehlt. Daraus folgt aber gerade, daß vermöge des Konstituts dem Destinatär erworben wird, vorausgesetzt, daß er seine Akzeptation bereits im Auftrage ausgesprochen hat, oder nachträglich genehmigt. Da aber der herrschenden Theorie der Satz des Ulpian, daß der entgegenstehende Wille auch des freien Stellvertreters ein rechtliches Nichts sei, trotzdem er ihn als ganz unbezweifelten Rechtsgrundsatz zur Begründung einer anderen Rechtskonsequenz verwerthet, in keiner Weise entspricht, hat man sich von jeher Mühe gegeben, einen römischen Juristen zu entdecken, der entgegengesetzter Ansicht ist, und nachdem man ihn in der Person des Julian gefunden zu haben glaubt, müht man sich natürlich ohne Erfolg wieder ab, die beiden Meinungen des Ulpian und Julian in Uebereinstimmung zu bringen. In der modernen Literatur ist man nämlich fast durchweg davon überzeugt, daß Julian, der in der l. 37 § 6 D. de A. R. D. denselben Fall behandelt und sich beinahe derselben Worte bedient, wie Ulpian, dennoch gerade das Gegentheil wie Ulpian habe sagen wollen:

> si quum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur; nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quodsi servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

Was soll denn Julian anders sagen, als daß der dem Willen des Tradenten entgegenstehende Wille des gemeinschaftlichen Sklaven und des freien Stellvertreters ein rechtliches Nichts sei [30]), daß es auf ihn des-

---

[30]) Die Glosse ergänzt: nihil agetur ex mente procuratoris. (So auch Savigny S. 306, Note 3.) Dieser Ergänzung bedarf es nicht einmal. Julian erklärt, daß die von dem Prokurator vorgenommene Realtradition ein rechtliches Nichts sei, aber nicht, daß auch alles Uebrige rechtlich nichtig sei, und aus dieser Auffassung fließen von selbst die im Texte dargestellten Resultate, da der Vorgang auch nicht zum Schaden des Vertretenen ausgelegt werden darf. In der l. 3 § 12 D. de donat. 24. 1 setzt Ulpian seine Meinung dahin auseinander, daß wenn der Schuldner auf Befehl des Gläubigers einem treulosen Prokurator zahlt, der das Geld unterschlägt, dem Gläubiger das Geld unterschlagen sei. Charakteristisch ist es, daß für diese Ansicht gerade Julian als Gewährsmann aufgerufen wird, und noch charakteristischer, daß die Ansicht des Julian dahin referirt wird, daß wenn ein Ehemann den Geschenkgeber anweist, an seine Ehefrau zu tradiren, die Tradition an die Ehefrau zwar ein rechtliches Nichts sei (nullius momenti), deshalb aber gerade dem Ehemann das Eigenthum erworben sei. Ebenso wird Julian in l. 14 de cond. 12. 4 citirt.

Die Literatur beider Stellen ist eine sehr umfangreiche. Bremer meint, daß verschiedene Entscheidungen abgegeben werden, und unterstellt der l. 13 D. cit. den Fall, daß der Repräsentant bei der Uebergabe seine entgegenstehende Ansicht zurück-

halb nicht ankomme, und der Rechtserfolg also nach dem zu beurtheilen ist, was sonst wirklich geschehen ist? Durch das Fortfallen der Realtradition wird aber noch nicht die Thatsache beseitigt, daß der Tradent im Auftrage des Destinatärs übergeben hat.

Man könnte sich möglicherweise zwei entgegengesetzte Interpretationen des Ausspruches des Julian denken, wenn man die u. E. irrige Ansicht festhält, daß er vom Besitzerwerbe insofern spreche, als solle über den zweifelhaften Besitz des treulosen Stellvertreters dem Tradenten und Dritten gegenüber entschieden werden. Dem Julian kann die Meinung imputirt werden, daß überhaupt nichts geschehen sei, so daß durch das „nihil agetur" Besitzerwerb des treulosen Stellvertreters und des Dritten abgelehnt wäre. Dann wäre die Konsequenz, daß der Tradent trotz der Tradition den Besitz behalten hätte, und beim gemeinschaftlichen Sklaven, der gegen den Willen des Tradenten für beide Sozien erwerben will, daß ein Mitbesitz zu ideellen Antheilen des Tradenten und des einen Sozius angenommen wird, wobei noch nicht einmal die Idealantheile bestimmt wären. Diese Konsequenz enthält aber einen Widerspruch. Demjenigen, der überhaupt nicht besitzen will, dem Tradenten, kann überhaupt kein Besitz und am wenigsten ein Besitz zu einem ideellen Antheil aufgenöthigt werden. Paulus sagt in der l. 1 § 20 de poss., daß der Tradent nicht besitze, weil er den Besitz abgetreten hat (neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem). Etwas ist also gewiß geschehen, nämlich, daß der Tradent den Besitz verloren hat, und Julian ist sehr weit davon entfernt, auch diesen Rechtserfolg zu leugnen. Ebenso widerspricht es aller Rechtskonsequenz, dem treulosen Stellvertreter, der corpore et animo erworben, Besitz nicht zuzusprechen.

Wenn wir aber die vielen Interpretationen recht verstehen, so will man dem Julian nicht die eben dargestellte Meinung imputiren. Daß etwas geschehen, daß der Besitz des Tradenten verloren sei, giebt man zu; Julian soll Folgendes gemeint haben:

gehalten, der l. 37 § 6 cit. den Fall, daß er seinen Dissens gleich bei der Empfangnahme erklärt. Daß im letzteren Falle dem Dritten kein Besitz erworben wird, dürfte in gewisser Beziehung richtig sein (siehe unten im Texte), aber die Fragmente enthalten von den künstlich hineingetragenen Unterscheidungen nichts, haben vielmehr dieselben Voraussetzungen und geben dieselbe Entscheidung ab, daß der entgegenstehende Wille des Empfängers und die erfolgte Realtradition ein rechtliches Nichts sei. Noch um vieles künstlicher sind die Unterscheidungen und Voraussetzungen Meischeider's S. 275. — Manche lassen Ulpian vom Besitze, Julian vom Eigenthume sprechen. (So auch Randa S. 429, Note 27.) Diese Ansicht findet in dem Wortlaute der Fragmente ebenfalls keinen Anhalt, auch läßt es sich ja kaum bezweifeln, daß der treulose Stellvertreter besitzt, und Ulpian kann dies auch nicht geleugnet haben.

Wenn der Empfänger einer Sache gegen den Willen des Tradenten die Sache für sich behalten will, so ist nichts geschehen, nicht die vom Tradenten bestimmte Person, sondern — der Empfänger der Sache erwirbt den Besitz.

Dann wäre durch das „nihil agetur“ nur der Besitzerwerb des Dritten abgelehnt. Daß man aber mit dieser Interpretation zu den Worten des Julian in einen auffälligen Konflikt tritt, liegt u. E. klar. Julian sagt, es sei nichts geschehen, wenn der Empfänger der Sache dieselbe für sich erwerben wolle, und nun soll er sie trotzdem gerade erwerben. Der Wille des Empfängers, der von Julian für ein rechtliches Nichts erklärt wird, ist es gerade, was den Besitz des Empfängers erzeugt. Soviel scheint uns zweifellos zu sein, daß Julian den Besitzerwerb insofern nicht im Auge gehabt haben kann, als er den Besitz des treulosen Stellvertreters feststellen wollte. Den Satz, daß der Trabent den Besitz verliert und der treulose Stellvertreter ihn auf Grund seines corpus und animus erwirbt, wird wohl kein römischer Jurist geleugnet haben, und am wenigsten thut dies Ulpian in der l. 13 D. de donat.

Beide Juristen beschäftigen sich mit dem Besitzerwerbe nur insofern, als sie feststellen wollen, wem die Rechte aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze zustehen, dem Destinatär oder dem Tradenten, während der Besitz des Vertreters an sich klar ist. Ulpian ist, wie zweifellos feststeht, der Ansicht, daß sie dem Geschenknehmer gebühren, und folgert dies mit ausdrücklichen Worten aus dem Grundsatze, daß der mit dem Stellvertreter vorgenommene Akt ein rechtliches Nichts ist:

nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

Derselben Ansicht ist Julian, der den Akt ebenfalls für ein rechtliches Nichts erklärt, woraus eben nach den sonstigen Rechtsbestimmungen für den Fall der Schenkung zu folgern ist, daß der Geschenknehmer sich auf die im Auftrage akzeptirte Willenserklärung des Tradenten stützen kann. Diese Schlußfolgerung hat Julian oder Justinian nur deshalb unterdrückt, weil er sie nach den sonst aufgenommenen Gesetzen für zweifellos erachten mußte.[31])

---

[31]) Die Annahme, daß Ulpian und Julian sich widersprechen, dürfte ganz ausgeschlossen sein. Julian gehört nach der l. 34 § 3 de solut. 46. 3 zu denjenigen Juristen, die auch für den Fall Besitz und Eigenthumserwerb des Destinatärs annehmen, wenn der Auftrag dem Empfänger gegenüber zurückgewiesen ist und es nur dem zahlenden Schuldner gegenüber so angesehen werden muß, als bestehe der Auftrag noch. Julian ist gerade der Gewährsmann des Ulpian in der hier vorgetragenen Lehre (l. 3 § 12. 13 de don. 24. 1), des Paulus l. 14 de cond. 12. 4). Ge-

Nimmt man aber auch eine Kontroverse an, so findet sie doch nur darüber statt, ob die Schenkung durch die Tradition an einen treulosen Stellvertreter konvaleſcirt. Leugnet man dies, so ſteht dem Tradenten zweifellos das Rückforderungsrecht zu.

Der Grundſatz, daß der Beſitzübergang auch durch den Willen des Tradenten vermittelt werden könne, ſcheint auch durch direkte Geſetze beſtätigt zu werden. Die l. 1 § 20 de poss., auf welche ſich die Gegner berufen, ſteht zunächſt unſerer Auffaſſung nicht entgegen. Dieſelbe bezieht ſich nur auf den Fall, daß der Empfänger als Repräſentant für uns handelt, nicht auf den Fall, daß der Veräußerer ihm eine Sache für uns übergiebt. Die herrſchende Theorie verkennt eben u. E., daß der vermittelnde Wille auch in der Perſon des Veräußerers begründet ſein kann. Unſere Auffaſſung wird durch zwei Stellen zu noch größerer Gewißheit erhoben: l. 13 und l. 20 § 2 D. de A. R. D., von denen die erſtere den Fall behandelt, daß der Empfänger in unſerem Auftrage gehandelt hat, die zweite den, daß er keinen Auftrag gehabt hat. In beiden Fällen wird als Bedingung des Eigenthums- und Beſitzerwerbes nur die hervorgehoben, daß die Sache dem Empfänger in unſerem Namen übergeben iſt, während ſeines Willens nicht erwähnt wird.

Paulus erwähnt in ſeinem das Prinzip des Beſitzerwerbs durch Stellvertreter wiedergebenden Ausſpruche (Sent. Rec. V. 2 § 1) nicht einmal des Willens des Empfängers. In der l. 9 C. si quis alteri wird der Wille des Verkäufers für genügend erachtet.

Will allerdings der treuloſe Stellvertreter für ſich erwerben, ſo iſt der reale Traditionsakt, der Konſens vorausſetzt, vernichtet, und daraus folgt dann, daß Beſitz- und Eigenthumserwerb des Deſtinatärs ſich nur ſtützen können auf das etwa vorhandene Konſtitut und zwar ſo wie es vorliegt. Es iſt alſo immer zu prüfen, ob die Willenserklärung infolge bindender causa verpflichtend ſei oder nicht, ob es bereits im Auftrage akzeptirt ſei oder nicht.

Wenn man unſere Auffaſſung des römiſchen Rechts adoptirt, werden ſich auch die modernen Rechtsbildungen des Handelsrechts ohne beſondere Schwierigkeiten begründen laſſen. Der Veräußerer kann die Sache einem Dritten mit der Beſtimmung übergeben, daß er für den Inhaber eines

---

rabe der von Ulpian wieder citirte Julian iſt der Anſicht, daß was ein gemeinſchaftlicher Sklave dem einen Herrn nicht erwerben könne, er dem anderen erwerbe. l. 23 § 2 de A. R. D. Im Falle der l. 37 § 6 D. de A. R. D. iſt alſo ſelbſtverſtändlich, daß dem anderen Herrn erworben wird.

bestimmten Legitimationspapieres besitzen solle. Der Umstand, daß es sich um eine persona incerta handelt, thut dabei nichts zur Sache, da es eben genügt, daß der Besitz an diese, also an den Inhaber des Papiers oder seine Sukzessoren veräußert sein soll. In der Regel wird der Wille des Empfängers der Sache hiermit übereinstimmen, sollte er aber auch einmal abweichender Meinung sein, z. B. annehmen, daß die Waaren dem Inhaber des Papiers bloß leihweise oder zur Ansicht übergeben werden sollen, oder sollte er gar für sich besitzen wollen, so kann doch sein Wille den Uebergang des Besitzes auf den Inhaber des Papiers nicht verhindern, vielmehr höchstens den erworbenen Besitz desselben intervertiren.

In diesem Falle ist die rechtliche Konstruktion folgende: Da der Tradent mit der Mittelsperson sofort auf den Namen des Inhabers des Konnossements abschließt, so ist diesem dem Tradenten gegenüber Besitz corpore et animo erworben. Der Tradent kann seinen Willen nicht mehr zurückziehen (conf. art. 416 H.G.B.). Es findet der Grundsatz der l. 24 D. de neg. gestis 3. 5 Anwendung. Auch die Mittelsperson vermag sich die causa ihres Besitzes durch Verträge oder ein Konstitutum nicht zu ändern, l. 32 § 1 de poss. Unterschlägt sie, so wird der Besitz dem Inhaber des Konnossements oder Ladescheins unterschlagen.

Der Tradent kann aber auch ohne Errichtung eines Konnossements oder Ladescheins die Sache für den Destinatär einer Person (Spediteur) oder einer Gesellschaft übergeben, ohne daß diese als Mandatar oder Geschäftsführer des Destinatärs abschließt. Ob die Tradition im Falle des Kaufs schon für den Käufer erfolgt, ist allerdings zweifelhaft, wir nehmen aber zunächst Fälle an, in denen die Absicht der Tradition unzweifelhaft ist, z. B. die Uebersendung einer gekauften und bezahlten Sache, einer schuldigen Geldsumme, eines Geschenks, einer dem Destinatär schon eigenthümlich gehörigen Sache. Die Mittelsperson setzt in allen diesen Fällen das corpus zu Gunsten des Tradenten fort,[32]) und daher bestimmt das H.G.B. mit Recht (Art. 402[33]) im Gegensatze zu Art. 436),

---

[32]) Die dahin aufgestellte Meinung (Reuling, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 327): „und je nachdem er die Waare als Beauftragter des Destinatärs oder Absenders detinirt, hat der Besitzwechsel stattgefunden oder ist der Absender zunächst noch Besitzer geblieben," ist daher unrichtig. Auch wenn der Frachtführer den Absender im corpus vertritt, wird durch Willenserklärung Besitz übertragen.

[33]) Das Reichsoberhandelsgericht führt Bd. II S. 327 aus, daß der Art. 402 H.G.B. mit der Frage des Eigenthumsüberganges nichts zu thun habe, sondern nur die obligatorischen Beziehungen zwischen Frachtführern einerseits, Absender und Empfänger andrerseits regle. Dem ersten Satze kann man ohne Bedenken beitreten,

daß der Frachtführer an die Anweisungen des Tradenten gebunden bleibt. Auch vermag sich der Frachtführer durch Verträge und Konstitutum die causa seines natürlichen Besitzes nicht zu ändern. Dagegen überträgt der Trabent, wenn er auch nur im gesetzlich angenommenen Auftrage (conf. Art. 344 H.G.B.) des Destinatärs handelt, Besitz und Eigenthum durch Konstitut, im Falle der auftragslosen Tradition jedoch nur, wenn die Genehmigung erfolgt. Die Folge davon ist, daß der Destinatär die Schadensersatzklagen aus dem aufgehobenen oder verletzten Besitze erlangt, daß er im Konkurse des Tradenten nicht mehr als persönlicher Gläubiger aufzutreten braucht, daß der Konkursverwalter den Vertrag nicht aufzurufen vermag, wenn auch der Destinatär erfüllt hat, daß wenn der Trabent trotz des akzeptirten Konstituts die Sache zurücknimmt und anderweit veräußert, dem Destinatär die Vindikation gegeben wird, soweit sie nicht durch die Regel „Hand wahre Hand" ausgeschlossen wird. Diese Konsequenzen wird man auch in dem Falle ziehen müssen, wenn die Tradition auf Grund eines Kaufvertrages erfolgt. Dem Käufer ist die Schadensersatzklage zu geben, wenn die Sache beschädigt oder unterschlagen wird. Aehnlich wie Afrikan in der l. 38 § 1 D. de solut. behilft sich aber die Praxis mit der Fiktion einer Cession. Auch der Käufer, der bezahlt hat, wird wenn er auch die Sache noch nicht realiter erhalten hat, nicht in den Konkurs des Tradenten verwickelt werden können. Der Konkursverwalter kann das Geschäft nicht aufrufen, dem Käufer gebührt die Vindikation.

Der Standpunkt des Preußischen Landrechts (§ 128. I. 11) ist also zu billigen. Er ist u. E. nur deshalb so in Mißkredit gekommen, weil man in der Uebergabe an den Fuhrmann oder Schiffer, der nicht als Mandatar oder Geschäftsführer des Destinatärs handelt, sogar eine Realtradition hat erblicken wollen, was allerdings verfehlt ist. Die Unklarheit der herrschenden Theorie ist darauf zurückzuführen, daß man die Unterschiede zwischen der Realtradition und dem Konstitut, und ferner zwischen dem bindenden und nicht bindenden Konstitut verkannt hat. U. E. ist aber dahin zu scheiden: Dem Tradenten gegenüber treten die Wirkungen der Realtradition ein:

1) wenn er die Sache der Mittelsperson als einem Mandatare oder Geschäftsführer des Destinatärs übergiebt, oder Konnossement oder Ladeschein veräußert.

---

der zweite dürfte nicht ganz korrekt sein. Der Art. 402 bestimmt zugleich, wessen Vertreter im corpus der Frachtführer ist, d. h. zunächst des Absenders, nach Ablieferung des Frachtbriefs der des Destinatärs, so daß in diesem Moment der Besitz corpore et animo auf ihn übergeht.

Es treten die Wirkungen eines verpflichtenden Konstituts ein:

2) wenn der Trabent im Auftrage des Destinatärs (wenn auch nur im gesetzlich angenommenen) übergiebt und die causa giltig ist.

Es treten die Wirkungen des nicht verpflichtenden Konstituts ein:[33a])

3) wenn der Trabent ohne Auftrag übergiebt, oder die causa ungiltig ist.

b. Bedingungen.

Die Hingabe für einen Dritten enthält den einseitigen Veräußerungsakt des Trabenten. Der ihr zu Grunde liegende Wille muß der Wille des Trabenten sein, d. h. es muß deutlich erhellen, daß sich der Veräußerer des Besitzes entledigen wolle. Wenn wir daher Jemand, insbesondere eine unserer Gewalt unterworfene Person oder einen Dienstboten abschicken, um eine Tradition erst vorzunehmen, so kann Besitz vor Vornahme der Tradition nicht erworben sein, l. 65 D. de A. R. D.:

> si epistolam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit;[34]) ....

Anders verhält es sich schon, wenn der Destinatär dem Boten eine Sache bei dieser Gelegenheit lediglich in unserem Interesse aushändigt:

> Paulus: imo contra, nam si miseris ad me tabellarium tuum, et ego rescribendi causa literas tibi misero, simulatque tabulario tuo tradidero, tuae fient.[35])

Es kommt immer darauf an, ob nach Lage des Falles bei dem Veräußerer der Wille anzunehmen ist, daß sofort Besitz übergehen solle:

> idem accidit in his literis, quas tuae duntaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero literas.

Ein derartiger Wille des Trabenten wird nun der Regel nach dann weniger leicht angenommen werden können, wenn der Trabent ein Interesse an der Zurückbehaltung des Besitzes hat, namentlich wenn er noch rückständige Kaufgelder zu fordern hat. Prinzipiell unrichtig ist es daher

---

[33a]) Im Falle zu 1 und 2 kann der Trabent (bezw. seine Konkursmasse), abgesehen von den besonders normirten Fällen seinen Willen nicht mehr zurücknehmen, im Falle zu 3 ist dies gestattet. Im Falle zu 1 und 2 wird die Schenkung durch Tradition perfekt, indem auch die causa durch sie ergänzt wird, nicht so im dritten. Im Falle zu 1 kann von einem Retentionsrecht des Trabenten keine Rede sein, im Falle zu 2 hat er es wegen seines natürlichen Besitzes.

[34]) l. 10 D. de donationibus, 39. 5.
nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fieret.

[35]) l. 14 § 17 de furtis, 47. 2.
maxime si ejus interfuit. ...

nicht, wenn man in der Uebergabe an den Frachtführer durch den unbezahlten Verkäufer eine Tradition nicht erblicken will. Aber es liegt u. E. keine Veranlassung vor, diesen Fall exceptionell zu behandeln, und die Konsequenzen der gegenwärtig herrschenden Meinung lassen sich doch nicht durchführen.[36])

Die Entäußerung des Besitzes seitens des Tradenten muß nun aber auch akzeptirt werden, um den einseitigen Traditionsakt nicht als ein „nihil actum" erscheinen zu lassen. Diese Akzeptation erfolgt, wie wir gesehen haben, wenn der Empfänger der Sache als Mandatar oder Geschäftsführer des Dritten handelt. Aber auch abgesehen hiervon kann die Akzeptation in dem vorhergehenden Auftrage des Dritten an den Tradenten liegen. Wenn ich Jemand beauftrage, meine von ihm besessene Sache für mich einem Andern zu tradiren, so wird mir Besitz sofort erworben sein. Nur ist es bei Kaufgeschäften streitig, ob man dem übersendenden Veräußerer den Willen unterlegen soll, sich des Besitzes zu entäußern. Thut man dies nicht, so wird der Besitzübergang vereitelt, sonst durch den Willen des Tradenten vollzogen. Der Gesetzgeber wird sich für ein Prinzip zu entscheiden haben.

C. Der animus in der Person des Vertretenen.

In der Person des Vertretenen wird der Erwerbswille verlangt, in der Person des Repräsentanten oder Tradenten muß ein gesetzliches oder ein Vertragsverhältniß begründet sein, durch welches das corpus der Mittelsperson dem Destinatär direkt oder indirekt dienstbar gemacht wird. Paulus Sent. Rec. V. 2 § 1 sagt dies ausdrücklich: animo utique nostro. Auch ergiebt sich dies aus den Regeln über das Konstitut und die Tradition, da beide akzeptirt sein müssen. Nur muß man sich hüten, diesen animus mit Savigny als einen den Erwerbsakt begleitenden animus possidendi aufzufassen, es handelt sich auch hier um nichts als um den aus dem Erwerbsakte des vollkommenen Rechts zu behalten losgelösten Erwerbswillen, der für den Besitzerwerb jedenfalls in keinem höheren Maße verlangt werden kann, als für das Eigenthum. Ist daher der Erwerbswille in dem Auftrage[37]) an den Veräußerer oder den

[36]) Frage ist auch, welchen Einfluß es hat, wenn der Wohnort des Tradenten nicht Erfüllungsort ist. U. E. vollzieht sich zwar Besitz- und Eigenthumsübergang, aber nur unter der Bedingung, daß der Destinatär die Tradition genehmigt. (Abweichend, wenn auch nicht im Resultate, das Reichsoberhandelsgericht Entsch. Bd. XI. 39.)

[37]) Daß Savigny zu Unrecht Spezialauftrag verlangt, ist schon von anderer Seite genügend ausgeführt. In den Rechtsquellen findet diese Auffassung keine Begründung.

Empfänger der Sache bereits geäußert worden, so erwerben wir Besitz und Eigenthum unbedingt, sonst unter der Bedingung, daß wir den Besitzerwerb genehmigen, l. 42 § 1 D. de poss:

> procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quodsi sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.

Savigny legt viel zu viel Gewicht auf das Wort „protinus", das nur den Gegensatz gegen die im Schlußsatze aufgestellte Bedingung andeuten soll, und seine bloße Behauptung, daß ein Zurückrechnen, welches hier bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, beim Besitze natürlich nicht gelte, müssen wir von unserem Standpunkte aus für unnatürlich erachten, da Erwerbswille für Besitz und Eigenthum korrespondiren müssen, wenn auch der Erwerbswille für den ersteren von allem rechtlichen Beiwerk entkleidet sein mag.

Wenn nun der Empfänger der Sache dieselbe unterschlägt oder weiter veräußert, und ein Auftrag Seitens des Dritten nicht vorliegt, so gilt aus zwei Gründen der Besitz des Trabenten als zu Unrecht aufgehoben,

a) weil der Dritte nicht zu genehmigen braucht und nicht genehmigen wird, ein bindendes Konstitut also nicht vorliegt,
b) weil dem Traditionsakte wegen des mangelnden Willens der Mittelsperson die Kraft einer realen Tradition entzogen ist.

l. 43 § 1 de furtis:

> falsus procurator furtum quidem facere videtur; sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit numos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit; nam et manent numi debitoris, quum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult.[38])

Allerdings handelt Ulpian von dem Falle, daß der Geschäftsführer mit der Ueberbringung beauftragt ist, es würde aber ebenso zu entscheiden sein, wenn die numi dem Geschäftsführer ausdrücklich und sofort für den Vertretenen übergeben sind, und nun wegen der Nichtgenehmigung

---

[38]) Daher unterschlägt ein mit der Kosteneinziehung beauftragter Büreauvorsteher eines Rechtsanwalts zuviel gezahlte Summen dem Trabenten. Von einem Erwerbe des Anwalts an der zuviel gezahlten Summe kann keine Rede sein, weil sein Auftrag nur dahin geht, wirklich entstandene Kosten zu erheben, von einem Eigenthumserwerbe des Büreauvorstehers erst recht nicht, weil der Trabent ihn nicht zum Eigenthümer machen will. Das Erkenntniß des Reichsgerichts (Bd. II. S. 65) erscheint verfehlt. Die erste Instanz hatte mit Recht angenommen, daß die Unterschlagung dem Trabenten gegenüber erfolge.

des letzteren und des entgegenstehenden Willens des Empfängers der Geschäftsherr den Besitz nicht erwirbt, sondern derselbe dem Veräußerer unterschlagen wird. Dagegen unterliegt es wohl keinem rechtlichen Bedenken, daß auch im Falle der Unterschlagung seitens des Empfängers der Vertretene vor der Zurücknahme des Willens des Tradenten den Besitzerwerb genehmigen und sich so mit der Cession der Klagerechte für befriedigt erklären kann.[38a])

In den Fällen nun, wo es einer Genehmigung des Geschäftsherrn zum Erwerbe überhaupt nicht bedarf, wird auch der Besitz ohne Genehmigung erworben. Der Auftrag wird gesetzlich angenommen. Dieser Satz widerstrebt der herrschenden Theorie vollständig, nicht so der unsrigen, da dem Erwerbsakte des vollkommenen Rechts zu behalten niemals Mehr des animus entnommen werden kann, als in ihm enthalten ist. Soweit daher die modernen Gesetzgeber den Absender für berechtigt erachten, die Absendungsart selbst zu bestimmen, soweit bedarf es auch nicht zum Besitzerwerbe der nachträglichen Genehmigung des Destinatärs.[39]) Selbstverständlich ist aber der Geschäftsherr nicht verpflichtet, jede Handlung seines Generalmandatars oder einer gewaltunterworfenen Person zu genehmigen, sondern nur die gerechtfertigte, aus der er ein definitives Recht erwirbt. Auch der Sklave erwirbt deshalb dem Herrn nur den gerechtfertigten Besitz, den ungerechtfertigten kann dieser ablehnen und würde ihn nur erwerben, wenn er die Handlungsweise des Vertreters genehmigte, l. 24 D. de poss.:

> quod servus tuus ignorante[40]) te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potest acquirere.

Der Erwerb aus einem Vergehen theilt an sich auch nicht die Natur des Pekuliums:

[38a]) Man kann die dargestellte Regel auch so wiedergeben: Tradirt der Tradent im Auftrage des Destinatärs, so wird diesem durch bindendes Konstitut Besitz erworben, tradirt er ohne Auftrag, so ist das Konstitut nicht bindend. Daher können im letzteren Falle Tradent und Destinatär bezw. ihre Konkursmassen davon abgehen.

[39]) Die sonstigen Erfordernisse des Besitzerwerbs, namentlich, daß der Tradent sich des Besitzes entschlagen wolle, sind dabei natürlich vorausgesetzt. — In dem gegebenen Falle läßt sich auch nicht behaupten, daß das in der Tradition an die Mittelsperson liegende Konstitut nicht dem Destinatär gegenüber abgegeben sei und deshalb nur als nicht bindendes Konstitut in Betracht kommen könne. Es wird vielmehr gesetzlich angenommen, daß Absender und Destinatär zugleich dahin übereingekommen sind, daß der Absender den Transport besorgen solle.

[40]) Hieraus folgt, daß sciente domino also mit seiner Genehmigung diesem auch der ungerechtfertigte Besitz erworben wird.

quod vero ex maleficiis apprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam apprehendit.

Die Handlung des Tradenten braucht der Auftraggeber auch offenbar dann nicht zu genehmigen, wenn der Empfänger bei der Tradition erklärt, daß er nicht für den Dritten, sondern für sich erwerben wolle; denn tradirt er trotzdem, so macht er sich der Untreue ebenfalls schuldig, und darauf ist das Mandat nicht gerichtet, daß er auch einem treulosen Stellvertreter tradire. Auch läßt sich unter Umständen annehmen, daß er nunmehr gar nicht für den Dritten tradiren wolle. Darauf ist u. E. die vielfach in der Literatur behandelte Unterscheidung zurückzuführen, ob der Empfänger seinen entgegenstehenden Willen erklärt hat oder nicht.

D. Vertretung im corpus und animus.

Es giebt endlich auch eine Vertretung im corpus und im animus. Darunter fällt der Pekuliarerwerb durch Sklaven und Haussöhne, der Erwerb durch die verfassungsmäßigen Organe juristischer Personen, Tutoren und Kuratoren.

Meischeider erblickt auch hierin eine unerklärbare Ausnahme von dem Satze, daß ein Besitzerwerb ohne Wissen und Willen des Erwerbenden nicht stattfinden könne, während doch auch hier nur der Wille derjenigen Person von Bedeutung sein kann, auf deren Willen es überhaupt ankommt. Auch von dem Generalmandatar, soweit ihm nicht trotz der Form nur ein spezielles Mandat aufgetragen ist, läßt sich allenfalls behaupten, daß er den Mandanten corpore et animo vertrete; doch liegt der Wille des Mandanten schon im Mandate.

E. Fähigkeit zur Stellvertretung.

Randa führt S. 443 Note 3 aus, daß der Repräsentant handlungsfähig sein müsse und daß die von Meischeider erforderte natürliche Willensfähigkeit nicht genügt. Die Kontroverse ist nach den verschiedenen Fällen zu lösen. Wo das Gesetz jemand verpflichtet, für einen Anderen zu erwerben, muß es auch der Pupill. Im Uebrigen ist nur der Veräußerungs- und Verpflichtungswille der willenlosen Person nichtig. Wenn ich daher einen Pupillen beauftrage, eine Sache zu verkaufen und gerade das erlöste Geld für mich einzuziehen, oder die mit meinem Gelde erkaufte Sache zu besitzen, so braucht der Pupill dem Auftrage nicht zu entsprechen, weil er nicht obligirt wird; thut er es aber, so muß er auch für mich besitzen, weil es eines Veräußerungsaktes weiter nicht bedarf, l. 3 § 4 de neg. gest. 3. 5. Wenn ich dagegen einen Pupillen beauftrage, eine Sache mit seinem Gelde für mich einzukaufen, so müßte

er den Besitz erst durch Konstitut auf mich übertragen, und zu einer derartigen Veräußerung ist er nicht im Stande, l. 11 D. de A. R. D.:

alienare vero pupillus nullam rem potest. et nequidem possessionem quae est naturalis.

Der Vormund kann die gekaufte Sache also immer noch zurückbehalten.

Wie hieran die l. 7 § 2 de inst. act., wegen deren Randa nur den geringsten Grad der Handlungs- (nicht auch volle Vertrags-) Fähigkeit erfordert, etwas ändern sollte, ist nicht abzusehen. Nur soweit ein Institor dem Herrn überhaupt erwerben muß, erwirbt er ihm auch den Besitz, so daß es sich um eine Ausnahme für den Besitzerwerb nicht handelt.

Richtig ist nur, daß ein Pupill faktisch den Willen haben kann, für einen Dritten zu erwerben, daß er ausdrücklich für einen Dritten tradirt. Aber dieser Wille kommt nur als faktischer in Betracht und kann vom Vormunde ohne Weiteres annullirt werden.[40a])

Auch ist ferner möglich, daß einer willenlosen Person eine Sache für einen Dritten tradirt wird. Dann kommt sie jedoch nur als Bote in Betracht und der Veräußerungswille des Empfängers wird überhaupt nicht erfordert.

Als Stellvertreter ist derjenige niemals zu betrachten, der von dem Erwerber oder Veräußerer als willenloses Werkzeug benutzt wird. Mit Recht scheidet Randa S. 430 vom wollenden Stellvertreter den bloßen Gehülfen oder Boten. Es ist durchaus unnöthig, daß sich in der Person des letzteren alle Bedingungen des Besitzes vereinigen oder er nur das ganze corpus vornehme. Die als bloßes Werkzeug benutzte Person kann sich selbst über das Objekt des Besitzerwerbes irren, trotzdem ein derartiger Irrthum sonst den Besitzerwerb verhindert.

Noch weniger ist es nothwendig, daß die als bloßes Werkzeug benutzte Person den Veräußerungswillen hat, und so ist es nicht zu bezweifeln, daß auch Kinder und willenlose Personen in dieser Weise verwendet werden können.

Der Erwerbswille in der Person des Vertretenen ist nach den gewöhnlichen Regeln des Besitzwillens zu bestimmen, und schon aus der daraus resultirenden Unterscheidung zwischen Willen des Repräsentanten und des Repräsentirten erhellt zur Genüge, daß man den Besitzwillen nie in der Person des Repräsentanten suchen sollte.

40a) Diese Regel läßt sich auch so wiedergeben: Der Pupill vermag wohl ein Konstitut, aber kein für ihn verpflichtendes abzuschließen.

Erwerb der rechtlichen Garantien des Besitzes und Wirkungen des Besitzerwerbes.

Der Empfänger der Sache, welcher durch seinen Willen sein corpus dem Dritten dienstbar macht, bleibt nach den Regeln des Konstituts natürlicher Besitzer und darf daher nicht dejizirt werden. Das interdictum unde vi und interdictum uti possid. ist nur soweit gegen ihn begründet, als er seiner definitiven Verpflichtung entgegen und seine Besitzsphäre überschreitend den Vertretenen nicht zuläßt oder selbst auf die Sache einwirkt.[41])

Die Uebergabe des Tradenten hat, wenn sie nicht wegen mangelnder Akzeptation nichtig ist, ihm gegenüber die Wirkungen der körperlichen Tradition oder des Konstituts, je nachdem mit einem Vertreter des Destinatärs abgeschlossen ist oder nicht.

Die Hauptbedeutung der ganzen Lehre liegt aber in Beantwortung der Frage, wem die aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze fließenden Rechtsmittel zustehen.

Dies scheint uns die herrschende Theorie zu verkennen, wenn sie die praktische Bedeutung der l. 13 D. de donat. (l. 37 § 6 de A. R. D.) durch die Betrachtung zu vernichten meint, daß ja der Repräsentant in dem Augenblicke des Empfangs den Besitz des Vertretenen wieder vernichten könne. Es bedingt eine durchaus andere juristische Beurtheilung des Falles, wenn man annimmt, der Repräsentant habe dem Repräsentirten zwar Besitz erworben, habe ihn aber zu Unrecht wieder vernichtet, als wenn man von der Betrachtung ausgeht, daß der Vertretene niemals Besitz gehabt habe. Hiervon hängt die Entscheidung ab, wem publiciana, vindicatio, actio furti, condictio, die Schadensersatzklagen aus dem zu Unrecht aufgehobenen oder verletzten Besitze zustehen.

Der Erwerb dieser Rechtsmittel seitens des Destinatärs, namentlich der Schadensersatzklagen, ist auch anzunehmen, wenn der Verkäufer,

---

[41]) Man könnte die Anwendbarkeit der Interdikte überhaupt bezweifeln, weil der Dritte (der Destinatär) noch nie den körperlichen Besitz gehabt hat, l. 1 § 26 de vi:

> Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri dejectum, verius est; dejicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur.

Aber es ist doch wohl richtiger, den animo erworbenen Besitz ebenso zu behandeln wie den sonst durch Stellvertreter ausgeübten. Diese Analogie scheint uns entscheidend. Dagegen ist es richtig, daß die l. 1 § 26 de vi hauptsächlich den animo retinirten Besitz im Auge hat; aber sie spricht doch auch nicht gegen die behauptete Analogie, zumal sie des auf den bloßen animus sich stützenden Besitzes allgemein erwähnt und das Interdikt nur dem abspricht, der erst anfangen will zu besitzen.

wenn auch nur in gesetzlich angenommenem Auftrage des Käufers an den Frachtführer tradirt, und erscheint es daher ungerechtfertigt, wenn man den Besitzübergang leugnet. Allerdings beruht derselbe nicht auf realer Tradition, sondern nur auf der Willenserklärung des Tradenten und ist deshalb von der causa abhängig. Nach der sich auf Paulus und Ulpianus stützenden Ansicht ist aber das Rechtsverhältniß dahin zu konstruiren, daß dem Destinatär an sich alle Klagerechte zustehen, er aber aus dem Mangel der causa auf Rückzession haftet; nach Afrikan müßte man den Destinatär zwingen, zunächst auf Cession der Klagerechte gegen den Absender zu klagen.[42])

Auch der Besitzerwerb durch Stellvertreter macht das Recht des Destinatärs zu einem unzerstörbaren und dinglichen. Gerade wesentlich mit Rücksicht hierauf haben die Römer bei der Einkaufskommission den Besitzerwerb des Vertretenen geleugnet. Der Mandatar kann noch anderweit veräußern und den erworbenen Sklaven manumittiren, l. 2 C. de his qui a non domino 7. 10. Bei unmittelbarem Besitzerwerb des Destinatärs würde anders zu entscheiden sein. Das Recht des Destinatärs wird auch dann zu einem unzerstörbaren und dinglichen erhoben, wenn der Verkäufer, wenn auch nur im gesetzlich angenommenen Auftrage des Käufers, dem Frachtführer tradirt. Zu Gunsten des Käufers liegen wenigstens die Wirkungen des Konstituts vor. Setzt sich daher der Verkäufer wieder in Besitz und veräußert anderweit, so hat der Käufer die vindicatio, soweit ihm nicht die Regel „Hand wahre Hand" entgegensteht. Geräth der Tradent in Konkurs, auch während die Sache sich noch auf dem Transporte befindet, und ist das Kaufgeld gezahlt, so braucht sich der Destinatär nicht mehr in den Konkurs einzulassen. Der Verwalter kann das Geschäft nicht mehr aufrufen, weil von beiden Seiten erfüllt ist.

Der Tradent verliert den Besitz auch durch die Uebergabe an eine Mittelsperson. Schließt diese sofort als Mandatar oder Geschäftsführer des Destinatärs ab, so ist der Besitz auch realiter, d. h. corpore et animo verloren und der Tradent hat kein Retentionsrecht im Konkurse des Destinatärs. Schließt aber der Tradent nicht in dieser Weise mit der Mittelsperson ab, giebt auch den Ladeschein oder das Konnossement

---

[42]) Der Art. 405 H.G.B. nimmt eine Zwitterstellung ein. Nach Ankunft des Frachtführers wird der Destinatär für berechtigt erachtet, die Rechte aus dem Frachtvertrage geltend zu machen. Hierbei handelt es sich aber um eine Legitimationsfrage. Der materielle Uebergang der Rechte aus dem Frachtvertrage und der sonstigen Rechte ist stets davon abhängig, ob die causa der Tradition gültig ist oder nicht (conf. R.O.H.G. VI 429, IV 359).

nicht aus der Hand, so verliert er den Besitz nur infolge Willenserklärung, während das corpus für ihn fortgesetzt wird. Er hat daher im Konkurse des Destinatärs ein Retentionsrecht wegen seines natürlichen Besitzes. Die Existenz dieses Retentionsrechtes und die Fortsetzung des corpus für den Tradenten ist aber kein Grund, den Besitzübergang überhaupt zu leugnen.[43])

Der Besitzverlust des Tradenten erfolgt unabhängig von der causa, wenn er realiter erfolgt, während der Eigenthumsübergang mehr oder weniger von der causa abhängig ist. Das römische Recht gab trotz des Besitzüberganges eine vindicatio für den Fall, daß die Kaufgelder nicht gezahlt waren. Dieser Rechtsgrundsatz ist zwar aufgehoben; die Konkursordnungen haben aber ein ähnliches beschränkteres Rechtsmittel eingeführt für den Fall des Konkurses, die s. g. Verfolgungsklage. Die in transitu befindliche Sache kann der unbezahlte Verkäufer trotz erfolgten Besitzüberganges[44]) zurückfordern. Trotzdem kann der Frachtführer, weil im Handelsrecht die Regel „Hand wahre Hand" gilt, nicht bloß sein dinglich wirkendes Retentionsrecht aus Art. 409 H.G.B., sondern überhaupt das kaufmännische Retentionsrecht wegen aller seiner Forderungen gegen den Destinatär der Verfolgungsklage entgegensetzen. Ist dagegen die Sache als nicht realiter tradirt zu betrachten, so ist auch der Besitzübergang nach den Regeln des Konstituts abhängig von der causa. Der Destinatär hat daher beim Mangel der causa nie Besitz erlangt, und deshalb kann der Frachtführer der vindicatio bezw. Verfolgungsklage des Tradenten sein nur gegen den Destinatär begründetes Pfandrecht nicht entgegenstellen.[45])

---

[43]) Dies thut z. B. Goldschmidt, indem er erwägt: „Der unbezahlte Verkäufer will sich dieser Sicherheit keineswegs begeben". Aber dies thut er auch nicht nach unsrer Auffassung, da er wegen seines durch die Mittelsperson fortgesetzten corpus Retentionsberechtigter bleibt. Auch leugnet Goldschmidt den Besitz des Destinatärs aus dem Grunde, weil der Versender durch die Mittelsperson die Detention fortsetze. Dieser Ausführung liegt eine Verwechslung von corpus und Besitz zu Grunde.

[44]) Das Reichs-Oberhandelsgericht führt Entsch. Bd. XII S. 395 aus, daß das Verfolgungsrecht trotz erfolgten Eigenthumsüberganges gegeben werde. Dies halten wir für nicht korrekt, da eine vindicatio bei erfolgtem Eigenthumsübergang nicht gedacht werden kann. Das Rückforderungsrecht wird vielmehr trotz erfolgten Besitzüberganges gegeben.

[45]) Conf. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 11 S. 327 Bd. 10 S. 70. Zuweit dürfte das Reichs-Oberhandelsgericht gehen, wenn es Bd. VI S. 273 dem Frachtführer auch nach Auslieferung des Frachtbriefes das Retentionsrecht wegen Forderungen an den Destinatär abspricht; denn nach Art. 402 H.G.B. wird der Frachtführer durch Aushändigung des Frachtbriefs Vertreter des Destinatärs auch im corpus.

Da die Römer für den Usukapionsbesitz bona fides beim Erwerbe voraussetzten, haben sie den Beginn desselben bis zur Kenntniß des Vertretenen vom Erwerbe suspendirt, l. 47 D. de usurp., l. 49 § 2 de poss., l. 1 C. de poss.

Die zitirten Stellen zeigen deutlich, daß es sich lediglich um eine Suspendirung der Usukapion handelt, daß der Besitz selbst schon vorher erworben sein soll.

Von dieser Regel wird im klassischen Recht nur in den Fällen eine Ausnahme gemacht, wo eine Vertretung corpore et animo zugelassen ist, wo also auch der gute Glaube aus der Person des Vertreters beurtheilt wird, l. 47 D. de usurp., l. 2 § 13 pro emt., l. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 44 § 1 de poss. Fraglich ist es aber überhaupt, ob nicht bereits Justinian in der l. 12 § 3 C. de praescr. 7. 34 diese Regel beseitigt hat. Er ordnet ganz allgemein an, daß auf Kenntniß oder Unkenntniß[46]) des Besitzers nicht mehr gewartet werden solle, und noch fraglicher ist es, ob die Regel jemals für die Präskription der Servituten gegolten hat, da diese nur ein bonum initium zur Voraussetzung hat. Nach Aufhebung der Regel wird aber die Usukapion mit dem Besitzerwerbe des Stellvertreters beginnen, vorausgesetzt, daß der Vertretene bei erhaltener Kenntniß sich im guten Glauben befinde.

Es ist seit Savigny üblich, von dem Verluste des Besitzes durch Stellvertreter zu sprechen, und dies geschieht auch von Randa in dem § 23. Wir vermögen nicht einzusehen, wie man in den dort behandelten Fällen von einem Repräsentationsverhältnisse sprechen kann, wo der frühere Repräsentant das Gegentheil einer Repräsentation beabsichtigt, nämlich gegen den Willen des Besitzers den Besitz aufgiebt, durch Andere ergreifen läßt, oder selbst ergreift. Worin soll denn hierbei eine Repräsentation des Besitzers liegen? Noch auffallender ist es, daß während Savigny die Geschäftsführung beim Besitzerwerbe auszuschließen sucht, trotzdem sie selbst das Civilrecht anerkennt, ohne Weiteres von einem Besitzverluste durch unbeauftragte Geschäftsführer gesprochen wird, obgleich es ein anerkannter zivilrechtlicher Grundsatz ist, daß durch Dritte unsere Lage zwar verbessert aber nicht verschlechtert werden kann. Es ist aber überhaupt nicht anzuerkennen, daß abgesehen vom Mandatsverhältnisse und den Fällen, wo eine Vertretung corpore et animo zugelassen ist, eine Vertretung im animus beim Besitzverluste gedacht werden

[46]) Die bona fides ist gerade das Nichtwissen von dem Rechte eines Dritten, und auf dieses Nichtwissen soll auch nicht mehr gewartet werden, so daß die Usukapion nicht mehr bis zur Möglichkeit des Entstehens der bona fides suspendirt wird.

kann. Wenn der Stellvertreter das Grundstück verläßt, stirbt oder wahnsinnig wird, so behalten wir den Besitz gerade deshalb zurück, weil uns der Stellvertreter im Verlustwillen nicht zu vertreten vermag; und an diesem Rechtsatz hat, wie wir oben ausgeführt haben, kein römischer Jurist gezweifelt. Wenn der Vertreter des Besitzes entsetzt wird, so wird die körperliche Dejektion des Vertreters als die eigene des Vertretenen angesehen, und nur daher kommt es, daß Kenntniß des Vertretenen weiter nicht erfordert wird. l. 44 § 2 de poss. Wenn der Vertreter ferner die Sache treuloser Weise einem Dritten übergiebt, so kann ebenfalls von einem Repräsentationsverhältnisse keine Rede sein. Wir verlieren den Besitz lediglich deshalb, weil die sich in einem Dritten vereinigenden Erwerbsbedingungen das Gegentheil derselben für den Verlierer darstellen. Die Tradition selbst ist ein nihil actum. Es wird daher so angesehen, als läge ein originärer Besitzerwerb Seitens des Dritten vor. l. 12 C. de poss. Das von dem Vertreter betrüglicher Weise abgeschlossene Konstitut ist überhaupt von keiner rechtlichen Bedeutung, da sich der Vertreter die causa seines Besitzes selbst nicht zu ändern vermag.

Das Civilrecht kennt einen Verlust von Rechten durch unbeauftragte Geschäftsführer überhaupt nicht, und daher sehen wir von unsrem Standpunkte aus auch keine Möglichkeit, wie einem überhaupt nicht denkbaren Vorgange das corpus und der animus entnommen werden sollten.

---

§ 24. Besitzerwerb seitens der Stellvertreter.

Savigny führt S. 364 aus, daß da der Stellvertreter alle Bedingungen des Besitzerwerbes in seiner Person vereinigt, und nur nicht für sich, sondern für einen Dritten besitzen wolle, der animus possidendi allein hinreichend sein müsse, um den Repräsentanten zum Besitzer zu machen; denn was dem natürlichen Besitze noch abgeht, ergänze der Wille. Dieser Gedanke dürfte nicht zutreffend sein, da er dem Satze widerspricht, daß Niemand sich durch seinen Willen die causa seines Besitzes ändern kann. Auch auf den Besitzerwerb seitens der Stellvertreter sind die allgemeinen Grundsätze anzuwenden.

Der Stellvertreter, welcher verpflichtet ist, für den Vertretenen zu besitzen, muß denselben erst dejiziren, d. h. seine Rückkehr in der Absicht verhindern, für sich Besitz zu erwerben, es sei denn daß der Vertretene sich bei der in Erfahrung gebrachten Okkupation beruhigt hat.

Gewiß ist es daher richtig, daß bei Grundstücken der Besitz nicht früher

verloren wird, als der Besitzer die ihm feindliche Besitzergreifung erfährt, und keineswegs ist dies, wie Randa S. 466, S. 10 ausführt, eine unberechtigte römische Spezialität, da es dem Verpächter unmöglich verboten sein kann, auf das Grundstück in gesetzlicher Weise einzuwirken, bevor er erfahren hat, daß sein Pächter den vollständigen Besitz ergriffen habe. Hierin liegt aber nur eine konsequente Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Besitzerwerb.

Die römischen Gesetze l. 12 D. unde vi, l. 18 eodem, l. 10 C. de vi unterwerfen daher den Kolonen dem interdictum unde vi des Verpächters, mag er noch so oft für sich den Willen gehabt haben, Besitzer zu sein.

Auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts genügt wie stets so auch hier der manifestirte Wille, für sich besitzen zu wollen, da der Stellvertreter die custodia schon hat.

Mit Recht hält Savigny (S. 366) seine eigene Behauptung für unbegreiflich, daß bei Mobilien nicht nur der Anfang des neuen Besitzes (des Repräsentanten nämlich), sondern auch das Ende des bisherigen durch alle juristischen Bestimmungen bedingt sei, welche das furtum enthalte, nur weichen wir in sofern von Savigny ab, als wir diese unbegreifliche Ansicht auch nicht für römisch erachten. Es ist nur richtig, daß der innerliche Wille rechtlich nicht in Betracht kommt, daß eine Aeußerung desselben entweder mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen verlangt wird. Daher erlangen wir durch den bloß innerlichen Willen weder Besitz, noch begehen wir durch denselben einen Diebstahl, l. 3 § 18 de poss.

Zum Besitzerwerbe wie zum Diebstahle bedarf es der Aeußerung des Willens. Eine derartige Aeußerung liegt allerdings noch nicht in dem Umstande, daß ich die mir geliehene Sache oder das Pachtgrundstück weiter vermiethe oder verpachte, denn dadurch überschreite ich weder die Grenzen meines Mieth- noch Pachtbesitzes, noch erkläre ich dadurch ausdrücklich, Besitzer sein zu wollen, l. 30 § 6 de poss.; wenn ich aber die geliehene oder gepachtete oder sonst erlangte Sache herauszugeben verweigere mit der Absicht, Besitzer zu sein, so intervertire ich damit den Besitz des Gegners und mache mich selbst zum Besitzer, l. 1 § 9 D. Quod legat. 43. 3, l. 20 D. de poss. Dieser Auffassung widerspricht auch die l. 47 D. de poss. nicht, denn sie negirt nur beim Besitzverluste von Mobilien der Regel entsprechend das Erforderniß der Kenntniß des Besitzers.

Es ist aber ein durch Nichts gerechtfertigter Schluß Savigny's, daß weil Besitzerwerb und furtum des Stellvertreters ein Erforderniß

gemein haben, ihre Erfordernisse sämmtlich gemeinschaftliche sein müssen. Kann denn nicht der Stellvertreter auch im guten Glauben handeln, entweder weil ihm die das Repräsentationsverhältniß bedingenden Thatsachen aus dem Gedächtniß entschwunden sind, oder er aus bestimmten Thatsachen glaubt entnehmen zu können, das Recht an der Sache erlangt zu haben? Wenn nun in diesen Fällen der Repräsentant die Herausgabe weigert und es auf den Prozeß ankommen lassen will, soll dann der Repräsentant niemals den Besitz erlangt haben, oder soll er etwa stets als fur behandelt werden? Beides würde in gleicher Weise der Rechtskonsequenz widersprechen, da die l. 1 § 9 D. Quod leg. 43. 3, l. 20 D. de poss., l. 47 eodem nicht unterscheiden, ob die Verweigerung der Herausgabe im guten oder schlechten Glauben erfolgt ist, und an die Behandlung eines gutgläubigen Besitzers als Dieb nicht zu denken ist.

Das furtum hat eben mehr Voraussetzungen als der Besitzerwerb, nämlich den Besitzerwerb in der Absicht zu stehlen, in der Absicht rechtswidriger Zueignung. Die contrectatio, mag sie auch im guten Glauben erfolgt sein, entzieht stets den Besitz, der Begriff des Diebstahls setzt aber eine contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia voraus, l. 1 § 3 de furtis. Daher sagen Paulus und Celsus zwar in der l. 1 § 2 D. und l. 67 pr. de furtis, daß man durch das bloße Ableugnen des Depositums noch keinen Diebstahl begehe, daß man aber durch die Verweigerung der Herausgabe unter Voraussetzung des Besitzwillens noch nicht einmal Besitz erwerbe, sagen sie nicht, vielmehr führt Celsus ganz richtig aus, daß zum furtum zwei Bedingungen erfüllt sein müssen: 1) die des Besitzerwerbs (sed si possessionem ejus adipiscatur), und 2) die bösliche Absicht, den Besitz des Gegners zu vernichten (intervertendi causa). Denn, fährt er fort, es genügt noch nicht, daß man den Ring am Finger trägt, den man, trotzdem man ihn als Depositum empfangen hat, nunmehr als Eigenthum zu behalten beschließt. Daß aber gegen denjenigen, der die Herausgabe des Ringes verweigert, als gegen den Besitzer die Vindikation zu richten ist, kann doch kaum einem Bedenken unterliegen. Ein schlagendes Beispiel läßt sich aus der l. 44 D. de A. R. D. entnehmen. Wer den Wölfen fremde Schafe abjagt und dies verheimlicht, um sich die Schafe anzueignen (supprimere et intercipere), begeht einen Diebstahl, wenn dagegen zwei Schäfern Schafe vom Wolf abgejagt sind, und sie verfolgen sie beide und verweigern sich nachher gegenseitig die Herausgabe der wiedererlangten Schafe, indem sie dieselben verwechseln, so ist an Diebstahl nicht zu denken, der Besitz der Schafe, der erst durch die Vindikation zu brechen ist, kann aber nicht in Frage gestellt werden.

Wir glauben daher Folgendes als allgemeinen Grundsatz aufstellen zu können:

> Der Stellvertreter, welcher verpflichtet ist, für einen Dritten zu besitzen, kann in originärer Weise nur nach den allgemeinen Regeln Besitz erwerben.

Erfolgt der Besitzerwerb auf Grund des Willens des Vertretenen, so liegt eine brevi manu traditio vor (l. 9 § 5 D. de A. R. D., l. 62 pr. de evict. 21. 2, l. 9 § 9 de R. C. 12. 1, l. 9 § 1 de P. A., l. 3 § 20 de poss.); der Besitzerwerb vollzieht sich in derivativer Weise. Dem unvollkommenen Besitze wird hier durch bloßen Vertrag eine neue causa, eine neue rechtliche Garantie hinzugefügt, und dies ist, trotzdem das Gegentheil sehr vielfach behauptet wird, sehr wohl möglich, da der Besitz nicht gleich dem Eigenthume ein vollkommenes Recht ist. Die Regel, daß Niemand sich die causa seines Besitzes ändern könne, steht diesem Rechtserfolge nicht entgegen, da die Veränderung der Besitzcausa nicht eigenmächtig vorgenommen wird.

Eine Stellvertretung kann so vorkommen, daß durch den bloßen Willen des Vertreters Besitz auf den Vertretenen übertragen ist, ohne daß der Vertreter verpflichtet ist, für den Vertretenen zu besitzen. Da hier der Besitz des Vertretenen lediglich auf unverbindlicher Willenserklärung beruht, wird er durch die entgegengesetzte Willenserklärung des Vertreters auch wieder vernichtet. Es ist zwar richtig, daß der Vertretene sich durch die Einwirkungen auf das Grundstück unmöglich strafbar machen kann, bevor er die ihm feindliche Besitzergreifung erfahren hat; von einer Gewalt des Stellvertreters kann aber nicht im Entferntesten die Rede sein; er haftet dem interdictum unde vi nicht, da die Nichtzulassung auf Grund einer justa causa erfolgt. l. 12 D. unde vi:

> nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset.

Es ist auch sonst keine Klage gegen ihn begründet, da eben vorausgesetzt wird, daß er zur Herausgabe definitiv nicht verpflichtet ist.

Eine Stellvertretung kann dadurch herbeigeführt werden, daß Jemandem der Besitz einer Sache bedingt oder unter einem dies anvertraut ist, und nunmehr die Bedingung fehlgeschlagen oder der Tag herangekommen ist. Nach dem Kontrakte und seinem Willen gemäß ist der Empfänger des Grundstücks verpflichtet, es herauszugeben, soweit ihm nicht ein Retentionsrecht oder ein sonstiges definitives Recht zusteht. Er verliert also Besitz und muß daher erst von neuem durch Dejektion oder Beruhigung des Tradenten Besitz erwerben und haftet dem interdictum

unde vi, wenn er den Tradenten nicht zuläßt. Doch darf ihn dieser wegen des immerhin noch bestehenden natürlichen Besitzes nicht gewaltsam dejiziren. Der § 131 A.L.R. I. 7 verordnet daher mit Recht, daß der Besitz einer Sache oder eines Rechts, welcher einem Andern nur auf eine gewisse Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden, mit dem Ablaufe der Zeit oder mit dem Eintritte der Bedingung von selbst aufhöre, und ebenso läßt sich der § 133 a. a. O. billigen:

> „Soll die Fortsetzung der Gewahrsam diese Wirkung (die der Fortsetzung des Besitzes) haben, so muß eine neue[1]) mit den gesetzlichen Eigenschaften der Besitzergreifung versehene Handlung hinzukommen."

Auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes muß konsequenter Weise der manifestirte Wille genügen.

Aber noch eine oft bereits angewendete Regel müssen wir hier kurz erwähnen: Wer als unvollständiger Besitzer in den Besitz einer Sache gelangt, selbst aber definitiv berechtigt ist, erwirbt den Besitz. Sein Besitz stützt sich zwar nur theilweise auf corpus und animus, der Erwerbsakt wird aber in Folge rechtlicher Bestimmung ergänzt. Es folgt dies nicht bloß aus den oben beim Konstitut behandelten Gesetzen, sondern l. 12 D. unde vi, l. 10 C. de vi sagen es ausdrücklich. Auch Justinian führt in der l. 23 C. de locato et conducto 4. 65 zutreffend aus, daß selbst der Wille des Eigenthümers, der unwissend sein eigenes Grundstück pachte, an diesem Rechtserfolge nichts ändern könne:

> quum inscientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum, sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi jure possessionem mutare potest.

---

[1]) Nicht ganz treffend dürfte die Auffassung Randa's S. 596 sein:

> „Wurde der Besitz eines Rechtes auf eine bestimmte Zeit oder unter einer Resolutivbedingung eingeräumt, so geht derselbe mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte der Bedingung an sich nicht verloren, es sei denn, daß der Besitzer in jenem Momente den Besitzwillen aufgäbe."

Der Besitzer hat von Anfang an nur den Willen gehabt, bis zu jenem Momente zu besitzen.

Wer den Besitz nur auf Zeit oder bedingungsweise erwirbt, will eben nach Ablauf der Zeit oder beim Fehlschlagen der Bedingung an sich nicht mehr besitzen. — Auf der andern Seite dürfte das Berliner Ober-Tribunal ebenfalls zu weit gehen, wenn es den Verpächter für befugt hält, den Pächter nach Ablauf der Pachtzeit aus dem Besitze zu setzen; denn es ist nur eine Wiederdejektion im Momente der korporalen Dejektion gestattet. Der Pächter läßt den Verpächter aber nun nicht zu, und das Recht der Dejektion ist gegen keinen natürlichen Besitzer gegeben.

Daraus folgt, daß ein derartiger Stellvertreter oder vielmehr Nicht-Stellvertreter ohne Weiteres auf das Grundstück einzuwirken und die Gewalt abzuwehren vermag, und daß er dem interdictum unde vi nicht verfällt, wenn er denjenigen, den er früher im Besitze vertreten wollte, nicht zuläßt. Auch ist gegen ihn als den Besitzer das interdictum uti possidetis nicht begründet, und die Usukapion des Vorbesitzers wird interrumpirt.

Die beschränkten und unvollständigen Besitzrechte.

§ 25. Objekt und Ausdehnung der unvollständigen Besitzrechte.

Es liegt kein Grund vor, weshalb der Besitzbegriff beschränkt werden sollte auf das unbeschränkte und vollständige Recht zu behalten, weshalb ein beschränktes und unvollständiges Recht körperlicher Einwirkung und Abwehr in Bezug auf eine Sache nicht gedacht werden soll. Wie die Servituten ausgeschiedene Bestandtheile des vollkommenen und vollständigen Rechts zu behalten, des Eigenthums sind, ebenso können auch aus dem unvollkommenen aber vollständigen Rechte zu behalten unvollständige Besitzrechte ausgelöst werden.

Auch auf dem Gebiete der unvollständigen Rechte tritt dem Gesetzgeber das gegebene Lebensverhältniß entgegen, daß Personen auf Sachen in dem Umfange eines Rechtes einwirken, ohne ein definitives Recht zu haben, und fragt es sich daher, wieweit dergleichen Personen verantwortlich gemacht werden sollen, wie weit man sie trotzdem schützen will.

Unvollständiger Besitz ist die irgendwie garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft über die Sache in gewisser Beziehung. Daraus folgt

a) er hat zum Objekte die Sache, nicht das Recht,
b) er ist ein ausgeschiedener Bestandtheil des vollständigen Besitzes, der als solcher nur unter besonderen Regeln steht,
c) er kann soweit ausgedehnt werden, als eine Einwirkung auf Sachen denkbar ist, seine rechtliche Anerkennung aber wird bestimmt durch das positive Gesetz.

Mit diesen Thesen treten wir zur herrschenden Schule in verschiedene Gegensätze, die einer näheren Erörterung bedürfen.

a) Die herrschende Theorie tritt in die Lehre des s. g. Rechtsbesitzes u. E. sofort mit einer gewissen Unklarheit ein. Der vollständige Besitz, Sachbesitz genannt, soll die Sache, der Rechtsbesitz das Recht zu seinem

Objekte haben. So erörtert z. B. Randa im § 24[1]) ausführlich die Frage, an welchen Rechten ein Besitz möglich sei.

Sachbesitz und Rechtsbesitz sind aber keine durch die Verschiedenheit der Objekte bestimmbare Gegensätze, indem ein jeder Besitz eine unterworfene Sache zum Objekt haben muß. Richtiger würde der Gegensatz, den die herrschende Schule aufstellt, vielleicht lauten: Besitz am Eigenthum und Besitz an einem jus in re[2]), durch welche Präzisirung aber die ganze Unklarheit des zu Grunde liegenden Gedankens offenbar würde, denn von einem Besitze am Eigenthum kann man überhaupt nicht sprechen.

Der Begriff des Besitzes an einem Rechte enthält einen Widerspruch. Der Besitz ist das wenn auch unvollkommene Recht körperlicher Herrschaft. Recht ist die Anerkennung, welche ein gegebenes Lebensverhältniß seitens des Gesetzgebers findet. Eine körperliche Herrschaft an einer rechtlichen Anerkennung ist aber undenkbar.

Den Anstoß für die bekämpfte Auffassung haben allerdings die Römer gegeben, indem sie von einer juris quasi possessio sprechen, sie meinen aber hiermit nicht, daß die possessio das jus zum Objekte habe, sondern, daß eine derartige possessio ohne corpus sei, auf Rechtsbestimmungen beruhe und von ihnen getragen werde.[3])

b) Sodann wird die bekämpfte Auffassung auf die Ansicht derjenigen

---

[1]) Nach S. 545 soll der Besitz sogar das obligatorische Recht auf Leistung der Sache zum Gegenstande haben. Für richtiger halten wir die Ausführungen Savigny's S. 192:

„Also wie der wahre Besitz in der Ausübung des Eigenthums besteht, so besteht dieser nachgebildete Besitz in der Ausübung eines jus in re."

Das Wort „juris possessio" soll blos angewendet werden, weil wir kein anderes Wort haben, und S. 193 wird von dem sogenannten Besitze unkörperlicher Sachen gesprochen. Im unmittelbaren Anschluß daran unterscheidet aber Savigny ebenfalls den Besitz danach, ob er ein jus oder ein corpus zum Gegenstande hat, und S. 194 heißt es:

„allein an seinem jus usus fructus hat er (der Usufruktuar) den juristischen Besitz."

Der Standpunkt Savigny's ist also der, daß er sehr wohl die Unklarheit des Begriffes eines Besitzes am Rechte erkannte, daß er aber dennoch den Bann des Wortes „juris possessio", für das es keine Erklärung gab, nicht zu brechen vermochte.

Auch das preußische Landrecht spricht in den §§ 4 u. 5 I. 7 vom Inhaber des Rechts, vom Besitzer des Rechts. Die Ausdrücke sind ja an sich praktisch brauchbar, man muß sich aber hüten, falsche Vorstellungen damit zu verbinden.

[2]) Daß so der Gegensatz eigentlich lauten müßte, erkennt auch Randa an S. 527 Note 8:

„Des Eigenthumsrechtes wird keine Erwähnung gethan, weil der Eigenthumsbesitz (Besitz am Eigenthum?) als Sachbesitz erscheint . . . . .

[3]) conf. l. 15 § 2 de precario:

Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus, ut immissa.

gestützt, welche die jura in re überhaupt als Recht am Rechte, nicht als Absplitterungen aus dem Eigenthumsrechte auffassen. Das jus in re soll demgemäß Recht am Rechte, die quasi possessio Besitz am Rechte sein. Aber abgesehen davon, daß ein Recht körperlicher Einwirkung und Abwehr am Rechte nicht gedacht werden kann, ist nicht zuzugeben, daß die zu Grunde liegende Ansicht über den Charakter der jura in re dem römischen Rechte entspreche. Römisch scheint uns vielmehr folgende Konstruktion zu sein: Die jura in re sind zwar Bestandtheile des Eigenthums, als nicht abgesonderte Bestandtheile unterliegen sie aber nicht besonderen Regeln. Paulus, Julianus, Papinianus bezeichnen den ususfructus ausdrücklich als Theil des dominium's,

l. 4 D. de usufruct. 7. 1:
Ususfructus in multis casibus pars dominii est ...

l. 58 D. de V. O.:
Qui usumfructum fundi stipulatur ... similis est ei, qui partem fundi stipulatur ...

l. 76 § 2 de leg. II.:
quoniam fructus portionis instar obtinet. l. 5 § 9 de O. N. N. 39. 1.

Der usufructus, wie jedes jus in re, wird daher aus dem Eigenthume ausgeschieden und kehrt zu demselben zurück. l. 3 § 2 de usufructu, l. 3 § 1 de usufructu acresc. 7. 2, l. 78 § 2. 3, de jure dot. 23. 3, l. 54 de usufructu. Wenn derselbe Paulus in der l. 25 D. de V. S. sagt:[4])

[4]) Papinianus sagt in der l. 66 § 6 de leg. II zwar:
usus fructus enim, etsi in jure, non in parte consistit.
Damit meint er aber gerade, daß der ususfructus ein ausgeschiedener Bestandtheil des Eigenthumsrechts sei, welches die ganze Sache, nicht einen Theil desselben ergreife. Im unmittelbaren Anschluß daran spricht er denn auch (§ 7) von der proprietas detracto usufructu.

Gaius in der l. 70 § 2 de fideis. 46. 1 verwirft die Ansicht ausdrücklich, daß der usus fructus proprium quidam sei, und fährt fort: sed quum ususfructus fundi jus est.

In der l. 33 § 1 D. de usufructu 7. 1 heißt es nur: in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit; dadurch wird aber einerseits die Regel bestätigt und andrerseits nur ausgeführt, daß die Abweisung mit der auf einen Theil eines Grundstücks gerichteten Eigenthumsklage die exceptio rei judicatae wegen des ganzen Grundstücks begründe, daß dagegen der ususfructus noch eingeklagt werden könne. Der Grund ist eben der, daß der ususfructus als ausgeschiedener Bestandtheil des Eigenthums auch auf einem anderen Fundamente beruhen kann.

In der l. 13 § 2 D. de accept. 46. 4 wird gar nicht geleugnet, daß der ususfructus ein ausgeschiedener Bestandtheil des Eigenthumsrechtes sei, sondern nur, daß die Quittung über seine Gewährung eine Quittung über das schuldige Eigenthumsrecht sei. Die Materialien, Fenster, Wände u. s. w., von welchen der Schlußsatz spricht, sind gewiß Theile des fundus (wenn auch nicht des Eigenthumsrechts); darum ist aber die Quittung über ihren Empfang noch keine Quittung über den fundus.

> Recte dicitur eum fundum totum nostrum esse, etiam quum usus-fructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter etc.

so meint er, daß das Eigenthum trotz des Ausscheidens des ususfructus dennoch das vollständige Recht bleibe, in das sich alle Befugnisse außer dem ausgeschiedenen in bestimmte Grenzen gezogenem Rechte vereinigen, daß die Fülle des Rechtes nicht dem Usufruktuar, sondern dem Eigenthümer zustehe; wenn er ferner in der l. 63 de usufructu 7. 1 sich dahin ausspricht:

> Quod nostrum non est, transferemus ad alios; veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest,

so hebt er damit, wie auch der Schlußsatz zeigt, den in der l. 4 D. eodem entwickelten Gedanken nicht auf, vielmehr deutet er nur den vollständig begründeten Rechtssatz an, daß der im Eigenthum liegende ususfructus nicht nach den Regeln des ausgeschiedenen ususfructus, sondern nach den über das Eigenthumsrecht aufgestellten Regeln zu beurtheilen sei, und so hat in der That der Eigenthümer nicht noch einen besonderen ususfructus.[5])

Die jura in re sind ausgeschiedene Bestandtheile des vollkommenen Rechts körperlicher Herrschaft, die unvollkommenen Besitz- und Gebrauchsrechte an Sachen sind Bestandtheile des unvollkommenen Rechts körperlicher Herrschaft.[6]) Der vollständige Besitz sondert den unvollständigen Besitz aus und zieht ihn wieder an sich, wie das dominium das jus in re.

Aber ebenso wie die von dem Eigenthume noch umschlossenen jura in re, werden die aus dem vollständigen Besitze noch nicht ausgeschiedenen Besitzrechte nicht nach den Regeln der bereits ausgeschiedenen Rechte,

---

[5]) l. 5 D. si ususfructus petat. 7. 6:

> quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet.

Als nicht abgesonderter Bestandtheil liegt aber der ususfructus im Eigenthume.

[6]) So im Wesentlichen Savigny S. 192:

> „Rechte, welche unter dem Namen jura oder jura in re als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums, dem dominium, als der Totalität aller dinglichen Rechte überhaupt, entgegengesetzt werden."

Diese Auffassung Savigny's wird von Randa S. 522 Note 8a als äußerlichen Umständen entlehnt getadelt. Diesen Tadel können wir nicht für gerechtfertigt erachten. Windscheid § 200 Note 3 übersieht bei seinen Ausführungen wohl, daß auch ein Dritter oder das Gesetz Bestandtheile des Eigenthumsrechtes ausscheiden kann. Nur der Satz kann als richtig zugegeben werden, daß die ausgeschiedenen Bestandtheile unter besonderen Regeln stehen, die auf sie nicht anzuwenden sind, so lange sie vom Eigenthumsrechte umschlossen werden.

sondern nur nach den Regeln des vollständigen Rechts beurtheilt[7]), und so kann man sowohl sagen, daß der vollständige Besitzer auch das Besitzrecht als Nießbraucher, Servitutsberechtigter, u. s. w. habe, wie daß er es nicht habe, weil sein Besitz ausschließlich nach den Regeln des vollständigen Besitzes beurtheilt wird.[8])

Hiermit scheinen sich aber alle anscheinenden Widersprüche zu lösen: Die unvollständigen definitiven, vorläufigen Rechte und die bloßen Besitzrechte sind Bestandtheile der entsprechenden vollständigen Rechte. Als nicht ausgeschiedene Bestandtheile unterliegen sie nicht besonderen Regeln. Alle Besitzrechte haben aber zum Objekte die Sache. Die unfaßbare Vorstellung eines Rechts körperlicher Herrschaft am Rechte und eines Besitzes am Rechte[9]) ist aus dem Wege geräumt.

c) Man hat sich von jeher viel Mühe gegeben, begriffsmäßig festzustellen, wie weit die Möglichkeit unvollständiger Besitzrechte reicht. Savigny scheint § 12 S. 192 diese Möglichkeit vom Standpunkte des römischen Rechts auf die dinglichen Rechte zu beschränken, so daß nur diese auch als unvollkommene Besitzrechte konstruirt werden könnten. Einen unvollständigen Besitz läßt er nur zu

> bei allen Rechten überhaupt, welche unter dem Namen jura oder jura in re, als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums, dem dominium als der Totalität aller dinglichen Rechte überhaupt, entgegengesetzt werden.

Derselben Ansicht scheint Randa zu sein, indem er S. 527 bemerkt, daß im römischen Rechte der Rechtsbesitz seinem Objekte nach auf die Servituten, die Superfizies und die Emphyteusis beschränkt sei.

1. Hiernach wäre Besitz überall da anzunehmen, wo ein dingliches Recht gedacht werden kann.

Doch ist diese Beschränkung nicht ganz klar, weil der Begriff des dinglichen Rechts selbst nicht sehr sicher ist.[10]) Man kann unter ding-

---

[7]) Für zutreffend können daher die Ausführungen Randa's S. 524 auch nicht anerkannt werden, daß die unvollständigen Besitzrechte deshalb nicht als Bestandtheile des vollständigen Besitzes zu erachten sein, weil sie unter besonderen Regeln stehen.

[8]) Die von uns für richtig gehaltene Ansicht findet sich in voller Schärfe bei Puchta Pandekten § 141 entwickelt.

[9]) Von einem Rechtsbesitze im Sinne der herrschenden Schule sollte man nur insofern sprechen, als der vollkommene und unvollkommene Besitz stets dasselbe Objekt und denselben Umfang haben. So sprechen wir vom Besitze als Eigenthümer, als Nießbraucher, Servitutberechtigter u. s. w. In diesem Sinne ist aber auch der vollständige Besitz pro suo Rechtsbesitz, nämlich dem Eigenthume im Umfange entsprechender Besitz.

[10]) Ein auffallender Gegensatz ist es auch, daß während der Besitz in das Obli-

lichem Rechte das unmittelbare Recht an der Sache verstehen, welches mit dem Besitze der Sache zusammenfällt. Dann enthält die angebliche Beschränkung eine Tautologie, denn es ist gewiß, daß bei denjenigen Rechten Besitz denkbar ist, die mit dem Besitze zusammenfallen können. Man kann unter dinglichem Rechte aber auch das unzerstörbare und nicht obligatorische Recht verstehen, und dann ist die aufgestellte Ansicht unrichtig, sowohl weil man Besitz da annehmen müßte, wo seine unveräußerlichen Merkmale das der unmittelbaren Herrschaft, und das der Herrschaft über die Sache fehlen, als auch weil man da das Vorhandensein des Besitzes verneinen müßte, wo diese Merkmale selbst vorhanden sind. Die römischen Rückforderungsrechte, vindicatio und publiciana, sind unbestreitbar unzerstörbare und nicht obligatorische Rechte, und doch ist ein ihnen entsprechender Besitz nicht zu denken, wenn man nicht etwa in der unklaren Weise des Mittelalters auch die Rückforderungsrechte der Nichteigenthümer als possessio civilis bezeichnen will. Im modernen Rechte werden auch die bloßen Forderungsrechte durch die Eintragung bereits ohne Tradition unzerstörbar und nicht obligatorisch, während der Besitz bei dem Veräußerer zurückbleibt. Ja das Pfandrecht nach römischer Vorstellung und die moderne durch Eintragung begründete Hypothek sind stets unzerstörbare und nicht obligatorische Forderungsrechte, die Möglichkeit des Besitzes ist aber bei ihnen zu leugnen, wenn sie nicht eben, wie dies beim Faustpfandrechte[11]) geschieht, mit dem Besitze zusammenfallen.[12]) Allerdings giebt es einen dem Faustpfandrechte entsprechenden unvollkommenen Besitz, da möglicher Weise die Forderung des Faustpfandgläubigers ungültig sein kann, und so mit dem Besitze der Pfandsache das definitive Recht nicht verbunden zu sein braucht.

Viele vollkommenen aber unvollständigen Rechte sind als zerstörbare und obligatorische Rechte konstruirt, und trotzdem muß die Möglichkeit eines Besitzrechts zugestanden werden. Pächter, Miether, Kommodatare u. s. w. haben das Recht, körperlich auf die Sache einzuwirken, selbst wenn sie nur obligatorisch geschützt werden. Der oft aufgestellte Schluß,

---

gationenrecht gehören soll, (Savigny S. 48) sein Herrschaftskreis nach dem Gebiete der dinglichen Rechte abgegrenzt wird.

[11]) Randa leugnet S. 526 auch die Möglichkeit des Besitzes am Faustpfandrechte, d. h. die Möglichkeit des Besitzes als Faustpfandgläubiger, denn einen Besitz am Rechte giebt es allerdings nicht. Daß diese Auffassung nicht römisch sei, haben wir schon im § 1 ausgeführt.

[12]) Die Gewaltrechte an Personen sind ebenfalls unzerstörbare und nicht obligatorische Rechte, und doch ist ein ihnen entsprechender Besitz nicht denkbar.

daß der Pächter, Miether, Kommodatar keinen Besitz habe, weil ihre Rechte zerstörbar und obligatorisch seien, kann in keiner Weise als richtig anerkannt werden.[13]) In den Quellen wenigstens wird zwar dem Usufruktuar wie dem Kolonen eigentlicher Besitz abgesprochen, weil sie beide nicht vollständig besitzen, l. 5 § 1 ad exhibend., l. 1 § 7 Quod legat., l. 6 § 2 de prec. § 4 J. II. 9, l. 33 § 1 de usurp., l. 3 § 20 de poss., beiden wird aber in gleicher Weise natürlicher Besitz zugesprochen.

l. 12 D. pr. de poss.:

naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet ...

l. 2 § 1 D. pro herede:

Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Da nun beide, Usufruktuar und Kolon, auch für sich und nicht als bloße Stellvertreter besitzen, liegt in der That keine Veranlassung vor, sie in Beziehung auf die Besitzrechte verschieden zu behandeln, und haben wir schon an einer anderen Stelle ausgeführt, daß kein Grund ersichtlich ist, dem Kolonen das interdictum unde vi abzusprechen. Und wie sollten auch der Pächter, der Miether, der Kommodatar nicht besitzen, da sie doch das unmittelbare Recht körperlicher Einwirkung auf die Sache und das Recht der Abwehr haben? Der Umstand, daß ihr definitives Recht durch eine Veräußerung des Verpächters, Vermiethers, Kommodanten vernichtet wird, kann auf ihr Besitzrecht wenigstens nicht

---

[13]) Savigny sagt S. 130:

„Für eine quasipossessio des Miethers fehlt es an einem selbstständigen Rechtsverhältniß, woran diese konsequent angeknüpft werden könnte."

Unter einem selbstständigen Rechtsverhältniß ist wohl das unzerstörbare Recht zu verstehen; denn an sich ist die Pacht, Miethe u. s. w. nicht mehr oder weniger selbstständig als der ususfructus. Das Recht selbst des besitzenden Kolonen, Miethers u. s. w. ist aber ein zerstörbares Recht zu behalten, welches durch eine Obligation gedeckt wird. Ein bloßes Forderungsrecht ist es überhaupt nicht; und indem Savigny dem Kolonen, dem Miether u. s. w. den Besitz abspricht, eine Ansicht, die praktisch undurchführbar ist, hat er die Reaktion angebahnt, die nunmehr so sehr alles Maß überschlägt, daß alle Forderungsrechte für besitzbar erklärt werden. Man vergleiche in dieser Richtung die Ausführungen Randa's S. 551, der besonders mit den Besitzrechten als Miether, Pächter u. s. w. operirt, um die Nothwendigkeit des Besitzes an obligatorischen Rechten überhaupt nachzuweisen. U. E. wird aber dabei nicht berücksichtigt, daß das Recht des Miethers, Pächters, soweit sie besitzen, nicht ein Forderungsrecht, sondern ein Recht zu behalten ist, das nur durch die Verfügungen des Eigenthümers vernichtet werden kann.

den geringsten Einfluß ausüben. Im modernen Rechte ist ferner das Recht des nicht eingetragenen Besitzers als ein zerstörbares konstruirt, indem es durch Auflassung des eingetragenen Eigenthümers vernichtet werden kann; es wäre aber verfehlt, wenn man dem faktischen Besitzer die Besitzrechte entziehen wollte. Der Umstand, ob ein definitives Recht als ein unzerstörbares oder zerstörbares konstruirt wird, hat mit der Annahme und Ausdehnung von Besitzrechten nicht das Geringste zu thun; [14]) alle auch sonst unzerstörbaren Rechte können durch ausdrückliche Abmachung als zerstörbare konstruirt werden; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß auch dann Usufruktuar, Superfiziar und Servitutberechtigte das Recht eigenmächtiger Einwirkung auf die Sache und das Interdikt haben, wenn bei der Konstituirung des Rechts ausdrücklich ausgemacht ist, daß es durch die Veräußerung der Sache aufgehoben werden solle.

2. Savigny selbst stellt ein zweites und anderes Kriterium auf, an welchem die Möglichkeit unvollständiger Besitzrechte gemessen werden soll:

> Wenn nun bei irgend einem anderen Rechte auch eine gewaltsame Störung der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, so wäre es ganz konsequent, auch gegen diese Störung durch solche Interdikte zu schützen. (Savigny S. 192, 504).
>
> Gegenstand des Besitz sind nur solche Rechte, bei welchen sich eine gewaltsame, heimliche, oder bittweise Störung der Ausübung denken läßt.

Aber abgesehen davon, daß diese Behauptungen u. E. von zwei unrichtigen Auffassungen ausgehen, daß Besitz und Interdiktenrecht identisch seien, und daß jedes Interdikt eine geschehene Gewalt zur Voraussetzung habe, fällt mit ihnen bereits der Besitzbegriff ins Bodenlose. Es giebt kein

---

[14]) Mit Recht sagt Randa S. 503:

„Die Dinglichkeit tangirt nur den Charakter des Rechts, nicht den seiner Ausübung."

Dies soll heißen: Der Charakter eines definitiven Rechts als eines zerstörbaren hebt die Möglichkeit eines entsprechenden Besitzes nicht auf — ein Satz, der sich angesichts der modernen nicht eingetragenen Besitzrechte nicht in Frage stellen läßt. — Ganz unbestimmt ist die Behauptung, daß an allen, aber auch nur an jenen Rechten die Möglichkeit des Besitzes zuzugeben sei, rücksichtlich deren das deutsche Recht eine Gewere kennt. Der Begriff der Gewere ist fast noch unsicherer als der des Besitzes. Versteht man unter Gewere den Besitz, so enthält die angebliche Beschränkung eine Tautologie. Wir nehmen allerdings an, daß die mittelalterlichen Begriffe von Besitz und Gewere einander gleichstehen. Dann fallen darunter sowohl der wirkliche Besitz wie die vorläufigen und definitiven Rückforderungsrechte der Nichteigenthümer, ferner insbesondere das Recht, zurückzunehmen oder zu nehmen.

Recht, dessen Verletzung durch Gewalt und Eigenmacht nicht denkbar ist, und der Gesetzgeber kann sich überhaupt die Mühe sparen, die Schranken des Rechts da aufzurichten, wo eine Verletzung dem Menschen nicht möglich ist. Jedes Forderungsrecht, jede Obligation, mag sie auf die Sache radizirt sein oder nicht, mag sie eine wiederholte Ausübung ihres Inhalts gestatten oder nicht, läßt eine eigenmächtige Störung seitens des Verpflichteten, wie des Dritten zu, denn wozu wäre ersterer überhaupt obligirt, wenn er nicht gerade durch seine eigenmächtigen Handlungen, wie z. B. durch die Veräußerung der Sache, das Recht des Berechtigten vernichten könnte. In die Gewaltrechte an Personen kann ebenfalls der Dritte störend eingreifen, und selbst die gewaltunterworfene Person kann unter Umständen die thatsächliche Gewalt aufheben. Wo liegt denn da überhaupt eine Grenze des Besitzbegriffes?

Man sucht sie durch die Behauptung zu fixiren, daß die Verpflichtung auf eine unbewegliche Sache gelegt sein, (wie bei Reallasten), oder daß die Person des Verpflichteten (wie bei Korporationen) eine fortdauernde Existenz haben müsse.[15]) Aber gerade Forderungsrechte, die durch den Besitzerwerb nicht gesichert sind, und insbesondere Hypothekenrechte, bei denen an Besitz nicht zu denken ist, werden auf die Grundstücke eingetragen und so radizirt. Eine Korporation kann auch Schuldnerin einer gewöhnlichen, durch die Ausübung sich vernichtenden Obligation sein.

3. Randa führt dann schließlich S. 522 aus:

„Vor allem muß hierbei der aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes fließende Grundsatz festgehalten werden, daß ein Besitz nur an solchen Rechten denkbar ist, welche eine wiederholte (fortgesetzte) Ausübung ihres Inhalts gestatten."

Die Kontinuität des Rechts soll Bedingung seiner Besitzfähigkeit sein (S. 523).

Aber die im corpus liegende Kontinuität mag vielleicht eine Bedingung der römischen possessio und possessio naturalis sein, eine Bedingung desjenigen, was sich die moderne Schule unter Rechtsbesitz vorstellt, ist sie gewiß nicht. Man braucht nur einmal und nicht wieder unmittelbar auf ein Grundstück einzuwirken und hat Rechtsbesitz ausgeübt. Paulus schlägt Randa mit seinen eigenen Worten:

l. 14 pr. D. de servit.:

servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt,

---

[15]) Stobbe Deutsches Privatrecht § 76. Förster § 159 Nr. 19—30. Savigny S. 505.

incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem.

Bei affirmativen Servituten nimmt zwar die herrschende Schule unbedenklich Besitz an,[16]) Paulus sagt aber, daß derartige Servituten keinen kontinuirten Besitz haben, die Nichtkontinuität ist sogar eine Bedingung des eigentlichen Rechtsbesitzes, und es ist andrerseits unbedenklich, daß ein Besitzrecht so konstituirt werden kann, daß dem Berechtigten nur eine einmalige Ausübung gestattet wird. Auch das Besitzrecht verzehrt sich dann durch die einmalige Ausübung.

Nimmt man daher die Randa'sche Begrenzung nach ihrem Wortlaute, so würde selbst ein den Rustikalservituten entsprechender Besitz unmöglich gemacht, trotzdem die Römer bei ihnen von einer gewissen Art von Besitz, „einer possessio nec certa, nec continua" sprechen, und auch die an sich maßlose Ausdehnung des Besitzbegriffes auf Forderungsrechte würde dadurch nicht gerechtfertigt, da eine Obligation mit fortgesetzter Ausübung noch kein kontinuirliches Recht ist, sondern, wie Paulus in der l. 14 D. pr. schön sagt, von Ausübung zur Ausübung durchbrochen wird.

Versteht man aber Randa dahin, daß er nur Rechte im Auge hat, die eine wiederholte, wenn auch unterbrochene Ausübung ihres Inhalts gestatten, so sind auf der einen Seite die wirklichen Besitzrechte mit einmaliger Ausübung ausgeschlossen, und der Besitzbegriff ist auf das Gebiet der Forderungsrechte gestoßen, wo er nicht weniger als sein ganzes Wesen aufgeben muß. Ein Besitz an Forderungsrechten ist aber durchaus zu leugnen, wer noch fordern muß, besitzt nicht, und gerade der Besitz steht ihm als eine feindliche Macht gegenüber. Der Forderungsberechtigte hat das Recht unmittelbarer Einwirkung auf die Sache nicht, und darum auch keinen Besitz.

4. Selbst der von Randa an die Spitze seiner Ausführungen gestellte Grundsatz, daß wo überhaupt kein Recht möglich ist, auch die Möglichkeit eines Rechtsbesitzes (unvollständigen Besitzes) ausgeschlossen sei, ist nach unserer Auffassung des Besitzes nicht als ganz zutreffend anzuerkennen. Wir haben schon wiederholt ausgeführt, daß die Möglichkeit des civilen Rechts, was Person, Sache, Erwerbsakt betrifft, nicht die Möglichkeit des Besitzes bedingt; das unvollkommene Recht, welches sich auf das minus der Bedingungen stützt, muß eben weiter reichen als das vollkommene, und gerade deshalb wird Besitz schon da angetroffen,

[16]) S. 598 spricht Randa vom Besitze diskontinuirlicher (unterbrochener) Servituten, welche in gewissen zeitlich unterbrochenen Benutzungen bestehen. Damit ist der Begriff der Kontinuität doch wohl wieder aufgegeben.

wo Eigenthum oder ein sonstiges definitives Recht nicht zu denken ist, sondern nur das corpus und der animus seines Erwerbsaktes.

c) Vollständiger Besitz (die römische possessio) ist die garantirte Möglichkeit, ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, die Gewahrsam der beweglichen Sache zu haben, und alle Besitzhandlungen auszuüben, unvollständiger Besitz ist die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft in bestimmter Beziehung. Der Begriff des Besitzes kann nur soweit ausgedehnt werden, als seine Merkmale vorhanden sind, d. h. soweit eine körperliche Einwirkung auf die Sache denkbar ist. Wer eine derartige Handlung ausübt, übt eine Besitzhandlung aus.

5. Von der Frage, wie weit der Besitzbegriff ausgedehnt werden kann, ist die andere Frage zu scheiden, wie weit er vom positiven Rechte anerkannt und mit rechtlichen Garantien umgeben wird. Rechtlich geschützt kann aber allein derjenige Besitz werden, der sich auf das corpus und den bloßen animus des Erwerbsakts irgend eines unmittelbaren Rechts zu stützen vermag, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das positive Recht namentlich für die juris quasi possessio auch noch weiter gehende Erfordernisse aufstellt. Die Bedingungen des Erwerbes bestimmen auch zu gleicher Zeit die Ausdehnung des positiven Besitzrechtes.

---

§ 26. Die wirklichen aber beschränkten oder unvollständigen Besitzrechte.

A. Der beschränkte aber vollständige Besitz.

Wir haben bereits im § 2 den Begriff der poss. pro alieno als den des in positiver Beziehung beschränkten, in negativer Beziehung vollständigen Besitzrechtes entwickelt, und wird es genügen, darauf zu verweisen. Zu bemerken ist noch folgendes:

Es ist nicht anzuerkennen, daß wir vor einer Spezialität des römischen Rechtes stehen, wie Randa S. 21 ausführt. Auch jetzt kann der Besitzer als Faustpfandgläubiger,[1]) als Prekarist, als Sequester, dem das ausschließliche Recht zu besitzen übertragen ist, nicht anders behandelt werden, als dies die Römer gethan haben. Ja, eine nicht zu übersehende Thatsache ist es, daß das moderne Recht eine ganze Reihe in negativer Beziehung vollständiger aber in positiver Beziehung beschränkter Besitzer eingeführt hat, die das römische Recht nicht gekannt hat. Es ist kein Zweifel, daß der Lehensvasall, Erbpächter jede körper-

[1]) Wer als Retentionsberechtigter die Sache retinirt, wird ebenfalls nicht anders zu behandeln sein.

liche Einwirkung abzuwehren vermögen, und wenn die positive Seite ihres Besitzrechtes auch beschränkt sein mag, so ist doch Niemand Besitzer, als sie. Der Ehemann, der Vater besitzen die in ihre Verwaltung gekommenen Sachen der Ehefrau und der Kinder als fremde, ja es kann wohl nicht einmal bedenklich sein, daß z. B. ein Altsitzer, dem die ausschließliche Benutzung eines Hauses übergeben ist, dasselbe pro alieno, weil jedes Besitzrecht eines Dritten ausschließend, besitzt.

Der Begriff der possessio pro alieno ist überhaupt kein auf bestimmte Fälle beschränkter, sie ist überall da anzuerkennen, wo der Besitz der Sache durch das corpus und dem animus des Erwerbsaktes eines Rechts erlangt ist, das eine in negativer Beziehung ausschließende körperliche Einwirkung gestattet.

B. Der wirkliche aber unvollständige Besitz (a) Begriff, b) Umfang, c) Ausdehnung.)

a) Die römische possessio ist das vollständige Recht körperlicher Herrschaft und Abwehr in Bezug auf die Sache, die possessio pro suo, der Besitz als Eigenthümer, ist seinem Wesen nach unbeschränkt, die possessio pro alieno ist durch die Anerkennung des fremden Rechts nach der positiven Seite hin beschränkt. Dem vollständigen, oder eigentlichen Besitze tritt der unvollständige jedoch wirkliche Besitz oder die quasi possessio gegenüber. Sie ist das wenn auch unvollkommene Recht, ausschließlich in einem Grundstücke zu sein, oder eine bewegliche Sache in Gewahrsam zu haben, aber sonst nur in dem Umfange eines unvollständigen Rechts auf die Sache einzuwirken und die Einwirkungen Dritter abzuwehren. Nur das corpus, das Recht ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, die custodia bei Mobilien ist vollständig und ausschließend, die übrigen Besitzrechte sind unvollständig.

Im corpus liegt die Bestimmtheit und Kontinuität des natürlichen Besitzes im Gegensatze zum Besitze der affirmativen Servituten, welche einen nicht bestimmten und nicht kontinuirlichen Besitz haben. l. 14 pr. D. de servit. VIII. 1. Die quasi possessio setzt also das corpus voraus, d. h. sie kann nur auf dem corpus und animus des Erwerbsaktes eines Rechts beruhen, welches zum corpus berechtigt.

In dieser Weise besitzen insbesondere diejenigen, welche als Superfiziare, Nießbraucher, Pächter, Miether den Besitz einer Sache erlangt haben. Sie haben das ausschließliche Recht dauernd in dem Grundstücke zu sein, sind aber nur berechtigt, innerhalb der Schranken des prätendirten Rechts die sonstigen Besitzhandlungen vorzunehmen, und zwar wenigstens vorläufig, bis ihr Besitzrecht durch die Klage des definitiven

Rechts gebrochen ist. Neben ihnen steht der vollständige Besitz, aus welchem durch den unvollständigen das corpus ganz,[2]) sonst aber nur ein in bestimmte Grenzen geschlossener Bestandtheil herausgeschnitten ist, so daß abgesehen vom corpus das Besitzrecht des Eigenthümers der Idee nach ein vollständiges bleibt.

Eine für die ganze Theorie des Besitzes hochwichtige Frage ist es, ob die quasi possessio der Römer, der unvollständige Besitz des Superfiziars, des Usufruktuars, des Pächters und Miethers u. s. w. nach der Analogie des vollständigen Besitzes oder als possessio juris aufzufassen ist. Die herrschende Theorie steht dieser Frage ziemlich kühl gegenüber, und dies kann ihr bei der von ihr aufgestellten Auffassung des Rechtsbesitzes nicht verdacht werden. Denn wenn man darunter nichts als den dem Umfange eines Rechtes entsprechenden Besitz versteht, ist der Begriff ganz farblos, so daß eine begriffliche Unterscheidung darauf nicht gestützt werden kann. Dann ist es ja auch gleichgültig, ob man den vollständigen Besitz als Eigenthümer einen Rechtsbesitz nennt oder nicht, denn der vollständige Besitz entspricht dem Umfange des Eigenthums. Damit stürzt jede Unterscheidung zusammen, und die ganze Besitzlehre wäre als Lehre vom Rechtsbesitze vorzutragen. Das Bekenntniß hiervon liegt in dem Satze Randa's S. 566 Note 1:

„Vom praktischen Standpunkte ist es allerdings gleichgiltig, ob man den Besitzschutz der Detentoren, welche die Sache im eigenen Interesse innehaben, (der unvollständigen aber wirklichen Besitzer) unter den Gesichtspunkt der corporis oder juris possessio stellt."

Warum, ist zu fragen, streitet man dann so viel, ob etwas eine corporis oder juris possessio sei? Wenn nun aber Randa fortfährt: Vom rechtswissenschaftlichen Standpunkte ist entschieden dem letzteren Gesichtspunkte der Vorzug zu geben, so dürfte diese Behauptung zwar richtig sein, wenn man den Begriff der herrschenden Schule vom Wesen des Rechtsbesitzes adoptirt, vom Standpunkte des römischen Rechts ist aber zu behaupten, daß ihr eine Verkennung der römischen juris possessio zu Grunde liegt. Der Rechtsbesitz der Römer ist nicht der Besitz, dessen Umfang einem unvollständigen Gebrauchsrechte entspricht, sondern der

[2]) Möglich ist allerdings, daß dem vollständigen Besitzer ein Theil des corpus belassen wird, z. B. der Pächter überläßt dem Eigenthümer in dem Pachtgute eine bestimmte Wohnung. Dann ist er in dieser Beziehung aber auch nur in dieser Besitzer mit eigenem corpus. Sonst hat der vollständige Besitzer gegenüber einem natürlichen Besitzer kein corpus, nicht das ausschließliche Recht, sich dauernd in dem Grundstücke aufzuhalten, vielmehr darf er es nur vorübergehend behufs Ausübung der vorbehaltenen Besitzrechte betreten.

Besitz, welcher ohne corpus nur durch das mit ihm verbundene Recht getragen wird. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auf das Entschiedenste zu bestreiten, daß die quasi possessio, der wirkliche aber unvollständige Besitz als Superfiziar, als Usufruktuar, als Pächter, Miether, Retentionsberechtigter u. s. w. eine juris possessio sei. Die Römer haben das Wort juris possessio auf die unvollkommenen Rechte derartiger Personen nirgends angewendet. Ueber den superfiziarischen Besitz äußert sich Ulpian dahin l. 1 § 1 de superficiebus 43. 18:

> quia melius est, possidere potius, quam in personam experiri . . .
> § 2: unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario possideat.

Vom Usufruktuar wird gesagt, daß er naturlich besitze l. 12 pr. de poss.:

> Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.

Was ist aber seinem Wesen nach so verschieden, wie Rechtsbesitz und natürlicher Besitz? In der l. 3 D. si ususfructus pet. 7. 6 werden das vollkommene und unvollkommene Recht des Usufruktus durch die Worte „dominium ususfructus“ und „possessio ususfructus“ unterschieden.

> qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint.

Damit ist dem Besitzer als Usufruktuarius ein wirklicher körperlicher Besitz in den Grenzen des Usufruktus beigelegt, und schließlich sagt Ulpianus in der l. 3 § 17 D. de vi:

> Qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuit. quasi in possessione, utetur hoc interdicto,

woraus zur Evidenz folgt, daß es sich um wirklichen, nicht bloßen Rechtsbesitz handelt.

Dem Kolonen endlich wird in der l. 2 § 1 pro herede ein natürlicher und wirklicher, kein bloßer Rechtsbesitz zugesprochen.

Der unvollständige Besitz der aufgeführten Personen ist ein wirklicher, nach der Analogie des vollständigen zu beurtheilender Besitz, kein bloßer Rechtsbesitz. [2])

b) Die Richtigkeit des aufgestellten Satzes bewährt sich sofort in der Lehre vom Umfange des Besitzrechtes. Wenn Randa S. 587 ausführt:

> „Der Besitz von Rechten wird nur in jener Gestaltung und unter jenen Beschränkungen und Modifikationen erworben, in welchen und unter welchen sie thatsächlich ausgeübt worden sind“,

---

[2]) Der unvollständige Besitz scheidet sich also nach zwei Richtungen:

a) der unvollständige aber wirkliche Besitz, den wir als unvollständigen Besitz insbesondere bezeichnen,

b) der Rechtsbesitz, der unter ganz besonderen Regeln steht.

so trifft diese Behauptung den wirklichen, wenn auch unvollständigen Besitz ganz und gar nicht. Der räumliche Umfang des natürlichen Besitzes ist schon in dem corpus und animus des Erwerbsaktes gegeben, auch wenn nicht alle Theile des zu natürlichem Besitze tradirten Grundstücks mit den Füßen betreten werden. Der Inhalt des ususfructus, des Pacht- oder Miethsrechts ferner läßt sich ebenso wenig wie der Inhalt des Eigenthums durch eine einmalige Ausübung erschöpfen, und mag man es selbst zugeben, daß der unvollständige Besitz durch einmalige Ausübung erworben wird, so wird sein Umfang dennoch durch den der Ausübung zu Grunde liegenden animus bestimmt, und in diesem Umfange auch zurückbehalten, weil der Besitzer in dem Umfange des Rechts auf die Sache weiter einwirken und jede fremde Störung dauernd abhalten will. Der Umfang des unvollständigen Besitzes wird nach den Grenzen des Rechts bestimmt, aus dessen Erwerbsakte das corpus und der animus des Besitzerwerbes entlehnt sind, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß sein Umfang wie der des Rechts durch ausdrückliche Willenserklärung beim Erwerbe eingeengt oder erweitert wird. Soll man etwa mit Randa annehmen, daß derjenige, welcher in das Grundstück als Usufruktuar eingeführt ist, oder z. B. auch schon das Korn gesäet hat, nachher bei einer anders gearteten Einwirkung, z. B. bei der Ernte, sich nicht des possessorischen Schutzes erfreue? Dann wäre es wohl doch noch besser und konsequenter, man griffe die doch auch von Randa bekämpfte Ansicht des preußischen Obertribunals auf, wonach über die Grenzen der Besitzrechte überhaupt kein possessorisches Rechtsmittel verstattet wird.[4]) Die Römer haben die wenn auch rechtsungiltige causa über den Umfang des natürlichen Besitzes entscheiden lassen. l. 1 pr. de superficiebus (ex lege locationis sive conductionis).

c) Aus dem Vorgetragenen dürfte sich aber klar ergeben, daß auch

---

[4]) conf. die Erk. des Pr. O. bei Rönne S. 296. In dem Erk. vom 29. September 1860 heißt es aber:

> Nur in dem Umfange, in welchem der Besitz vor der Störung stattgefunden hat, kann der possessorische Schutz desselben verlangt werden,

ferner im Erk. vom 27. Juni 1840 (J.M.Bl. S. 105 Nr. 16):

> „Wer ein gesetzlich oder vertragsmäßig in gewisse Grenzen eingeschränktes Nutzungsrecht hat, kann, wenn er dieselben überschreitet und daran verhindert wird, auf Grund der Ausübung des Rechtes innerhalb der gestatteten Grenzen eine Störung im Besitze außerhalb dieser Grenzen nicht behaupten."

Damit dürfte doch zugestanden sein, daß der Umfang des Rechts entscheidend ist, aus dessen Erwerbsakte das corpus und der animus entnommen ist. Daß eine Ausdehnung über diese Grenzen besonders durch den Erwerbsakt gerechtfertigt sein muß, dürfte nicht zweifelhaft sein.

der Begriff des wirklichen aber unvollständigen Besitzes kein auf bestimmte Fälle beschränkter ist, daß er überall, aber auch nur da anzunehmen ist, wo das corpus und der animus des Erwerbsaktes eines Rechtes an der Sache angetroffen werden, das ein ausschließliches Sein im Grundstücke, eine ausschließliche Gewahrsam und eine Einwirkung in bestimmter Beziehung gestattet.

Mit Paulus (l. 14 pr. D. de serv.) könnte man dies etwa so ausdrücken:

> Der wirkliche aber unvollständige Besitz kann nur einem Rechte entsprechen, welches einen bestimmten und ununterbrochenen Besitz zuläßt;

denn mag es auch richtig sein, daß auch der Usufruktus nicht ununterbrochen ausgeübt werden kann, so hat der Usufruktuar wenigstens das ausschließliche Recht, dauernd in dem Grundstücke zu sein, und so ist seine possessio eine certa et continua. Mit Paulus könnte man dann ferner fortfahren:

> Denjenigen Rechten, welche einen bestimmten und ununterbrochenen Besitz nicht zulassen, kann keine wirkliche possessio, sondern nur eine juris possessio entsprechen.

Hiernach läßt sich auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes der wirkliche körperliche Besitz des Usufruktuars, des Inquilinen, Kolonen, Retentionsberechtigten nicht in Frage stellen. Wenn gegen den Besitz des letzteren Bedenken erhoben sind, so beruht dies auf einer Verwechslung von dinglichem (unzerstörbarem) Rechte und Besitz. Es besitzt auch der Bergbauberechtigte, da und soweit er das Recht hat, ausschließlich in einem räumlich bestimmten Theil des Grundstücks zu sein.

Es besitzen aber überhaupt nicht, auch nicht unvollständig diejenigen, welche lediglich im Interesse eines Dritten in dem Grundstücke sind, also z. B. Administratoren, Inspektoren, Förster u. s. w. Dieselben erfreuen sich daher keines possessorischen Schutzes. Dem Verwalter einer Sache kann gemäß l. 17 § 1 dep., l. 39 de poss. Besitz nur durch ausdrückliches Abkommen übertragen werden.

Ebensowenig besitzen diejenigen, welchen nicht das ausschließliche Recht zusteht, in dem Grundstücke zu sein, sondern die nur zur Bewachung in das Grundstück geschickt sind und selbst für sich keine Besitzhandlungen vornehmen dürfen. l. 3 § 23 de poss. 41. 2. Sie werden seitens des Prätors durch besondere Rechtsmittel geschützt.

Endlich aber besitzen insbesondere nicht körperlich diejenigen, welche überhaupt nicht das Recht haben, dauernd in dem Grundstücke zu sein, sondern nur einzelne stets sich unterbrechende Besitzhandlungen vorzunehmen.

Es läßt sich nach dem Vorgetragenen nicht bezweifeln, daß z. B. ein dem Jagdrechte entsprechender wirklicher Besitz nicht anzunehmen ist, denn das Jagdrecht gewährt nicht das Recht, dauernd in dem Grundstücke zu sein, sondern nur das Recht, einzelne sich unterbrechende Besitzhandlungen auszuüben. Dasselbe gilt von Weiderechten, Wegegerechtigkeiten u. s. w.

Auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts ist ein Jeder als ein natürlicher Besitzer zu erachten, der die custodia hat, und dem entweder ein definitives Recht zusteht oder der durch eine Handlung dokumentirt hat, daß er aus irgend einem Grunde ein Ausschließungsrecht in Anspruch nimmt. Daher besitzen naturaliter der Kommodatar, der Finder, der Retentionsberechtigte, auch der Depositar. Ein Rechtsbesitz auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts ist nicht anzuerkennen.

C. Erwerb und Verlust des wirklichen, aber beschränkten oder unvollständigen Besitzes.

Auf den Erwerb und Verlust des unvollständigen, aber wirklichen Besitzes sind die Regeln des vollständigen Besitzes in reinster Analogie zu übertragen. Er wird erworben durch das corpus und den bloßen animus des Akts, durch welchen der vollkommene Besitz erworben wird.

Auch hier bedarf es zunächst des den Erwerbsakt begleitenden Willens nicht, wenn das vollkommene Recht ohne denselben erworben wird. Jeder natürliche Besitzer, dem ein definitives Recht zusteht, hat damit und soweit auch Besitz. Wenn daher der Besitz des Usufruktuars, Inquilinen, Kolonen durch die Zeit aufgehoben sein würde, so wird er doch fortgesetzt wegen des durch das Gesetz etwa zugesprochenen Retentionsrechtes. Ebenso besitzt jeder, der die custodia von Mobilien und ein Retentionsrecht hat, daher z. B. der Finder, wenn ihm im Gesetze ein Retentionsrecht beigelegt ist; daher hat selbst der Vermiether aus dem Gesetz Besitz an den Inwekten und Illaten des Miethers, soweit ihm das Retentionsrecht zusteht. Hiermit stimmen überein die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. I S. 430, Bd. III S. 24, 60, 277, Bd. IV S. 46 u. s. w. So dürfte es ferner kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Alluvionen eines Grundstücks sofort in den unvollständigen Besitz des Usufruktuars fallen, l. 9 § 4 D. de usufr.[5])

Sonst wird der unvollständige Besitz an einem Grundstücke durch die erste Vornahme eines Besitzaktes erworben, welcher mit dem Willen ausgeübt wird, den Besitz in dem Umfange eines Rechts auszuüben.

---

[5]) Der animus ist auch hier nur soweit nothwendig, daß der Besitzerwerb nicht abgelehnt werden darf.

Im Falle der Okkupation eines besitzerlosen Grundstücks wird man in der Regel allerdings anzunehmen haben, daß der Wille räumlich nur soweit reiche als die Ausübung. Handelt es sich um ein bereits besessenes Grundstück, so wird Dejektion des Besitzers, bezw. nicht Zulassung desselben oder freiwillige Aufgabe des Besitzes je nach den verschiedenen Fällen nothwendig sein. Im Falle der Tradition genügt aber schon die Besichtigung des Grundstücks, ja der Spaziergang zu demselben, wenn er mit der Absicht vorgenommen wird, von nun ab den körperlichen, wenn auch unvollständigen Besitz auszuüben. l. 3 pr. de usufr.:

Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum legatarium ...

Randa selbst giebt zu, daß seine Behauptung, daß derjenige, dem ein Grundstück zum Fruchtgenusse legirt werde, den Besitz des letzteren nicht schon mit der Einführung in dasselbe, etwa durch Betretung des Grundes, sondern erst durch wirkliche Benutzung erwerbe, vom Standpunkte des römischen Rechts nicht gerechtfertigt sei. Wir nehmen aber auch an, daß ihr vom Standpunkte des philosophischen Rechts die Begründung abzusprechen ist, denn es ist durchaus undenkbar, daß die Fülle der Rechte des ususfructus mit einem Male ausgeübt wird, und so wird man immer darauf zurückkommen müssen, daß eine einzelne Besitzhandlung genügt, die im Falle der Tradition schon in der Besichtigung des Grundstücks gefunden werden kann, weil die räumlichen Grenzen des Besitzes schon anderweit gegeben sind.

Daß der unvollständige, aber gewaltsame, heimliche oder prekaristische Besitzer doch immer wirklicher Besitzer sei, und daß dem Auktor gegenüber Besitz erst mit der Kenntniß von der Okkupation erworben wird, kann nach unserer Theorie nicht zweifelhaft sein. Es ist unmöglich, daß der Besitzer sich durch die Einwirkung auf das Grundstück strafbar mache, bevor er die fremde Okkupation erfährt, und eine wunderbare Inkonsequenz wäre es, wenn man den unvollständigen Okkupanten vor dem vollständigen auszeichnen wollte.

Die Möglichkeit des Erwerbes von unvollständigem Besitze durch constitutum possessorium ist zu leugnen. Der Eigenthümer kann nicht unter Vorbehalt des corpus erklären, nur noch für den Usufruktuar, Kolonen u. s. w. besitzen zu wollen, denn derartige Besitzrechte ohne corpus giebt es nicht. Es giebt einen vollständigen Besitz ohne corpus, nicht aber einen unvollständigen ohne corpus.

Dagegen finden die Grundsätze des Besitzerwerbs durch Stellvertreter Anwendung. Auch hier kann das fremde corpus durch Rechtssatz, Willen der Mittelsperson und des Tradenten, dem Erwerber des Besitzes dienst-

bar gemacht werden. Wir nehmen daher an, daß der Ehemann den Besitz des eingebrachten Vermögens seiner Ehefrau ohne eigene Besitzergreifung erwirbt[6]), vorausgesetzt, daß die Ehefrau bei Eingehung der Ehe besitzt. Freilich wird man hier ebenfalls nicht soweit gehen können, wie die Römer bei den Rechtsverhältnissen der Sklaven, vielmehr wird anzunehmen sein, daß die Ehefrau den vom Ehemanne einmal erworbenen Besitz dadurch wieder intervertirt, daß sie sich von dem Ehemanne trennt und die Sache für sich in besonderer Gewahrsam zurückbehält. Der Ehemann hat aber die aus dem zu Unrecht aufgehobenen Besitze hervorgehenden Rechte.

Aber nicht blos der Erwerb, sondern auch der Verlust des körperlichen aber unvollständigen Besitzes ist streng nach der Analogie des vollständigen Besitzes zu beurtheilen. Er wird vernichtet dadurch, daß die Erwerbsmomente in das Gegentheil umschlagen, also auch dadurch, daß sie sich in der Hand eines Dritten vereinigen. So wird zunächst jeder Besitz durch die absolute Unmöglichkeit seiner Ausübung vernichtet, also der Besitz des Usufruktuars durch den Untergang des dienenden Grundstücks, denn durch die Unmöglichkeit seiner Ausübung wird ein jedes Recht auch ohne begleitenden Willen aufgehoben, und für den Besitzverlust genügt das corpus und der animus dieses Verlustaktes.

Abgesehen von den Fällen, in denen sich auch der Verlust des vollkommenen Rechts zu behalten ohne Willen vollzieht, wird erfordert, daß corpus und animus[7]) in ihr Gegentheil umgeschlagen sind. Es genügt nicht, daß der unvollständige Besitzer das Grundstück verläßt, es muß mit dem Willen geschehen, den Besitz aufzugeben l. 3 § 14 de vi: quum ex fundo exiisset non ususfructus deserendi causa. Dieser Wille kann aber aus konkludenten Handlungen, z. B. einem längeren non usus ge-

---

[6]) Dem entspricht der § 205 II. 2 A.L.R.
Durch die Vollziehung der Ehe geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über.
Der Besitz, den der Ehemann als Nießbraucher hat, wird durch Gesetz übermittelt.

[7]) Durch den animus allein, der nicht den Regeln des Konstituts entspricht, wird daher der unvollständige Besitz definitiv nicht verloren. Es genügt, zur Erhaltung des Besitzes, wenn ein Dritter den Besitz für uns ausübt, wenn wir auch nichts davon wissen. l. 12 § 2 de usufr., l. 5, l. 20—24 D. 8. 6, l. 3 § 4 D. 7. 11 de itinere. Selbst die Erhaltung des corpus durch Naturkräfte genügt, l. 12 D. 8. 6:
Et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur.
Ob der Besitzer hiervon etwas weiß oder nicht, ist gleichgültig. Corpus und animus müssen eben in ihr Gegentheil gewendet sein, damit Besitzverlust eintrete. — Die citirten Stellen sprechen zwar meistens vom Rechtsbesitze, sind aber auch für die quasi possessio verwendbar.

schlossen werden. Savigny S. 474 nimmt für den Fall des non usus an, daß sich erst durch den Ablauf der Verjährungszeit entscheide, ob in der Zwischenzeit Besitz vorhanden gewesen sei oder nicht. Er kommt zu dieser absonderlichen Auffassung durch die Betrachtung, daß durch den bloßen non usus die Möglichkeit der Reproduktion physischer Herrschaft nicht aufgehoben ist. Aber er übersieht einerseits, daß diese Reproduktionsmöglichkeit auch nach Ablauf der Verjährungsfrist bestehen geblieben ist, denn das wird im Ernst Niemand vertheidigen, daß in der letzten Minute der Verjährungsfrist eine thatsächliche körperliche Herrschaft noch gedacht werden könne, daß sie aber in der darauf folgenden Minute verschwinden muß, ohne daß irgend ein hinderndes Ereigniß eingetreten ist. Wenn Savigny seinen Besitzbegriff ganz streng festgehalten hätte, würde er u. E. selbst zu der in hohem Grade unpraktischen Auffassung geführt sein, nach der der unvollständige Besitz selbst durch den ewigen nonusus nicht aufgehoben wird.[8]) Wie wenig anwendbar aber der Savigny'sche Besitzbegriff ist, zeigt andrerseits die Betrachtung, daß Savigny's Argumente auch für den vollständigen Besitz anwendbar sind. Wenn ich ein Grundstück verlasse, so hindert mich nichts, den verlorenen Besitz wiederzuergreifen, die Reproduktionsmöglichkeit bleibt bestehen, und es müßte behauptet werden, daß der vollständige Besitz durch bloße Aufgabe desselben in alle Ewigkeit nicht verloren werde[9]), zumal ja von einer Verjährung des Eigenthumsrechts nicht früher die Rede sein kann, als bis ein Dritter das Grundstück okkupirt.

Vollständiger und unvollständiger Besitz gehen aber verloren, wenn der Besitzer das Grundstück mit dem, wenn auch nur aus konkludenten Handlungen zu entnehmenden Willen verläßt, nicht mehr besitzen zu wollen. Es wäre gegen alle Rechtskonsequenz, den unvollständigen Besitzer günstiger zu behandeln, während doch auch Savigny sonst zugesteht, daß der unvollständige Besitz (die quasi possessio der Römer) der Analogie des vollständigen unterliege.[9a]) Auch hier hindert jedoch die Ab-

[8]) Puchta Weiske's Rechtslex. II S. 72 spricht ganz konsequent von einem Besitze in abstracto, der in alle Ewigkeit fortdauern kann. Ihering S. 177 nennt einen derartigen Besitz das Lichtenbergsche Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt.

[9]) Ihering sagt S. 174 nicht mit Unrecht: „Hat Savigny Recht, so gilt für den Besitz das Gesetz der vis inertiae, d. h. so dauert der Besitz bei der bloßen Möglichkeit der Reproduktion des ursprünglichen Zustandes immer fort, wenn diese Möglichkeit auch nie zur Wirklichkeit wird."

[9a]) Der Besitz des ususfructus wird selbst dann nicht verloren, wenn ich die Ausübung des ususfructus verkaufe, denn ich genieße noch des Kaufpreises und will, daß der Käufer für mich besitze für den Fall, daß er eher stirbt als ich. l. 39 de usufructu.

sicht, den Besitz später zurückzunehmen, oder auf einen Dritten zu übertragen, den Besitzverlust nicht, auch hier ist der Wille, den Besitz aufzugeben, aller rechtlichen Momente entkleidet. Wenn daher ein Usufruktuar aus Irrthum die Sache nur als Usuarius benutzt, so will er immerhin als Usufruktuarius nicht besitzen, und verliert deshalb den Besitz als solcher. l. 20 D. de usufruct.:

> Is, qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimat, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem sciens se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilo minus et frui videtur,[10]) si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit, se habere.

Der unvollständige Besitz wird ebenfalls dadurch verloren, daß ein Anderer einen ihn ausschließenden Besitz erwirbt, denn indem sich dann alle Erwerbsmomente in der Hand eines Dritten vereinigen, ist ihr contrarium eingetreten. Die herrschende Theorie sucht auch hier, wie beim vollständigen Besitze mit dem Begriffe der Unmöglichkeit der Ausübung zu operiren, aber sowohl bei der Lehre vom unvollständigen Besitze, wie insbesondere bei der Lehre vom Rechtsbesitze wird es immer klarer werden, daß es bei dieser Art des Besitzverlustes auf die Unmöglichkeit der Ausübung nicht ankommt, daß vielmehr die herrschende Schule in ganz künstlicher Weise Unmöglichkeit der Ausübung da annimmt, wo die Römer vom Besitzverluste sprechen.

Randa § 35 führt aus, daß die Unmöglichkeit der Ausübung herbeigeführt werde:

1) bei denjenigen Servituten, welche die Detention der dienenden Sache voraussetzen, durch Entziehung der Herrschaft über die Sache,
2) bei denjenigen Servituten, die in gewissen Anlagen auf fremdem Grunde bestehen oder solche nothwendig voraussetzen, durch Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der Vorrichtung,
3) bei denjenigen Rechten, die in unterbrochenen Benutzungshandlungen bestehen, durch den Akt, der die Vornahme derselben verhindert,
4) bei negativen Servituten durch Vornahme derjenigen Handlung oder der Errichtung desjenigen Werkes, auf deren Unterbleiben der Inhalt derselben gerichtet ist.[11])

In welcher Weise, fragen wir, soll denn durch die beschriebenen Handlungen die Ausübung des Rechts unmöglich werden, oder, um uns

[10]) In diesem Falle will der Usufruktuar den Besitz als Usufruktuar gar nicht aufgeben.

[11]) Wir antizipiren hier, um Wiederholungen zu vermeiden, auch die Fälle des Rechtsbesitzes.

der noch präziseren Fassung Randa's zu bedienen (S. 421 Note 4[a]), wie soll der Eintritt der dauernden Unmöglichkeit der Ausübung der faktischen Gewalt über die Sache gedacht werden? Man kann doch wohl annehmen, daß der unvollständige Besitzer, wenn er eben der stärkere ist, den Okkupanten wieder herausfetzen kann, daß die zerstörte Vorrichtung wieder herzustellen ist, daß der Wegeberechtigte nach erfolgter Verhinderung durch Nichts verhindert ist, von Neuem das Grundstück zu betreten, es sei denn, daß der Verhinderer sein ganzes Grundstück mit einer undurchdringlichen Mauer umschließt, daß das errichtete Werk wieder vernichtet werden kann. Von einer Unmöglichkeit der Ausübung uud sogar einer absoluten kann gar keine Rede sein, da ja sonst der Richter, der den Vertriebenen in den Besitz zurückführt, Unmögliches leisten würde, die Unmöglichkeit der Ausübung wird zu Gunsten des Savigny'schen Besitzbegriffes nur fingirt, weil die Römer in den gedachten Fällen Besitzverlust eintreten lassen.

Der körperliche aber unvollständige Besitz wird insbesondere dadurch verloren, daß ein Dritter den Besitzer dejizirt, oder das Grundstück mit dem Besitzwillen okkupirt und den Vorbesitzer nicht zuläßt, oder dieser sich bei der Okkupation beruhigt, mit einem Worte durch Erwerb eines entgegenstehenden Besitzes. Hat der Okkupant die Absicht zu besitzen nicht, so kann vom Besitzverluste nicht die Rede sein, und namentlich würde eine einmalige Verhinderung des Besitzers ohne diesen Willen und blos in einer gegen die Person gerichteten Absicht für den Besitz ohne jeglichen Einfluß sein, trotzdem mit und ohne diese Absicht die Möglichkeit der Reproduktion der physischen Herrschaft wenigstens in gleicher Weise gehindert ist. Die Begründung des Paulus l. 41 D. de poss.:

> quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit,

dürfte ganz allgemeine Geltung beanspruchen können.

Daher verlieren wir den Besitz als Usufruktuar nicht, solange ein Dritter für uns gebraucht, l. 38—40 de usufr., l. 12 § 2 eodem, und selbst dann nicht, wenn wir den ususfructus verkaufen, da wir ihn indirekt durch Erhebung des Kaufpreises noch ausüben, auch dann nicht, wenn wir den ususfructus verschenken, denn der Beschenkte, der unser Recht auf den Rückfall nach seinem Tode anerkennt, handelt zugleich als unser Stellvertreter. Nur wenn auch der Beschenkte nicht gebraucht, verlieren wir den Besitz.

In derselben Weise kann der vollständige Besitzer den unvollständigen Besitz des Usufruktuars vernichten, indem er nach der Okkupation des Grundstücks den Usufruktuar nicht zuläßt, oder nach nicht gewaltsamer

Zurückerlangung des corpus eine Besitzhandlung in der Absicht vornimmt, daß er den Inhalt des usufruktuarischen Besitzes wieder zurückerlange. Daher kann man unbeschadet des Besitzes selbst dem Eigenthümer den usufructus z. B. precario überlassen, sobald ihn dieser aber in seinem Namen weiter abtritt, ist der Besitz verloren:

> sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti, non enim meo nomine fruitur colonus. (29 pr. D. 7. 4.)

An diesem Rechtserfolge wird auch nichts durch den Umstand geändert, daß der Eigenthümer den Miethzins zahlt, denn die den unvollständigen Besitz vernichtende oder in seinen vollständigen Besitz zurückführende Besitzhandlung hat er einmal vorgenommen.

Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß der Usufruktuarius den Usufruktus aufgeben, und erklären kann, daß er nur noch für den Eigenthümer als Pächter, Prekarist u. s. w. besitzen wolle. Aber es unterliegt eine derartige Willenserklärung den Regeln des Konstituts. Ist die Erklärung nicht rechtsverbindlich abgegeben, so kann sie noch stets innerhalb der Verjährungsfrist widerrufen werden.

D. Die rechtlichen Garantien und die Rechtswirkungen des unvollständigen Besitzes.

Die Analogie des vollständigen Besitzes ist auch in der Lehre von den rechtlichen Garantien und Wirkungen des Besitzes durchzuführen, allerdings mit Berücksichtigung des Umstandes, daß dem unvollständigen Besitze ein vollständiger gegenübersteht. Alle unvollständigen Besitzer, der Besitzer als Superfiziar, als Usufruktuar, als Pächter, Miether, Retentionsberechtigter haben das Recht der Gewalt und das interdictum unde vi, soweit ihnen der Besitz zusteht, und wenn und soweit sie gewaltsam dejizirt werden.[12] [12a]). Die praktische Nothwendigkeit dieser Auffassung

---

[12]) Sind die gedachten Personen definitiv berechtigt, also Eigenthümer, so haben sie sofort vollständigen Besitz, und Recht der Gewalt und Interdikt steht ihnen aus diesem zu.

[12a]) Der vollständige Besitzer hat das Recht der Gewalt gegen den unvollständigen Besitzer

a) wenn letzterer sich gewaltsam in den Besitz gesetzt hat und in continenti dejizirt wird;

b) wenn der unvollständige Besitzer ihn behufs Ausübung einer vorbehaltenen Besitzhandlung nicht zuläßt.

Letzteres findet jedoch, wie wir wiederholt ausgeführt haben, seine Grenze in dem definitiven Rechte des natürlichen Besitzers, denn soweit dieser definitiv berechtigt, also z. B. Eigenthümer ist, hat er dadurch auch Besitz erlangt, ferner findet es seine

und ihre Begründung im römischen Rechte haben wir an einer anderen Stelle darzulegen versucht, und darf man sich an dem dort gewonnenen Resultate auch dadurch nicht irre machen lassen, daß dem vollständigen Besitzer das interdictum unde vi und quod vi aut clam ebenfalls zusteht, soweit der unvollständige eben nicht oder nur für den vollständigen Besitzer besitzt,

l. 1 § 21 D. unde vi, l. 11 § 12, l. 12, l. 17 D. quod vi aut clam. Und noch weniger ist der Umstand unsre Auffassung zu erschüttern geeignet, daß der Stellvertreter auch für legitimirt erachtet wird, die Besitzklage im Interesse des vollständigen Besitzers anzustellen.

Wer bloß ermächtigt ist, sich in den Besitz des ususfructus zu setzen, hat das interdictum unde vi nicht, mag er auch das dingliche Recht bereits durch die Ermächtigung erlangt haben. Es ist uns eine Stelle aufbewahrt, die den Unterschied zwischen Besitzerwerb und Erwerb des dinglichen Rechts ohne Besitzerwerb so recht zum Ausdrucke bringt, l. 3 § 14 D. de vi (Ulpianus):

> Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi dejecit utentem et fruentem, aut non admisit, quum ex fundo exiisset non usus-fructus deserendi causa. Ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet; quid ergo est? Debet fructuarius usumfructum vindicare.[13])

Nur wer bereits eine dem Inhalte des ususfructus entfließende Besitzhandlung vorgenommen hat, kann aus dem Besitze wieder dejizirt werden, wer aber blos auf Grund einer Ermächtigung in den körperlichen Besitz eintreten und erst zu gebrauchen anfangen will, hat das interdictum unde

---

Grenze darin, daß der natürliche Besitzer wegen seines natürlichen Besitzes nie dejizirt werden kann.

Das interdictum unde vi des vollständigen Besitzers gegen den unvollständigen Besitzer ist begründet

a) wenn letzterer sich gewaltsam in Besitz gesetzt hat,

b) wenn er den vollständigen Besitzer nicht zuläßt.

Doch ist letzteres gestattet, wenn der unvollständige Besitzer eine justa causa für sich hat, l. 12 D. de vi, und so scheitert das interdictum unde vi ebenfalls an dem definitiven Rechte desjenigen, der nur scheinbar die Sache als unvollständiger Besitzer erlangt hat.

Das interdictum uti possidetis des vollständigen Besitzers gegen den unvollständigen Besitzer ist ebenfalls begründet, soweit dieser vi, clam, precario von ihm besitzt. Doch hat der heimliche und prekaristische Besitzer, soweit er definitiv berechtigt ist, einem dem definitiven Rechte entsprechenden Besitz, und daran kann das interdictum uti poss. scheitern.

[13]) conf. l. 1 § 26 de vi:

dejicitur enim, qui amittit possessionem, non, qui non accipitur.

vi nicht, sondern nur eine Klage des definitiven Rechts. Daß aber Ulpian gerade auch an den Fall, daß der Usufruktuar durch Gesetz oder Willenserklärung ermächtigt ist, in den Besitz einzutreten, gedacht hat, ergiebt der Umstand, daß er den Usufruktuar auf die Vindikation verweist, während ihm aus dem bloßen Vertrage nur eine persönliche Klage zustehen würde.

Das interdictum uti possidetis oder ein ihm nachgebildetes Verbietungsrecht kann dem unvollständigen Besitzer nur dann gewährt werden, wenn er den Besitz nec vi, nec clam, nec precario vom Gegner erworben hat:

> unum tantum requirit (Praetor), num forte vi, clam precario ab adversario possidet. l. 1 § 2 de superf.

Sonst unterliegt er dem interdictum uti poss. des vollständigen Besitzers. l. 3 pr. uti poss.

Das positive römische Recht giebt ausdrücklich ein derartiges Verbietungsrecht nur in bestimmten Fällen, so dem unvollständigen Besitzer als Superfiziar. l. 3 § 7 uti possid.:

> Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur; dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis; sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis; et ita Pomponius quoque probat.

Wenn der Prätor hierbei einen Schutz secundum legem locationis oder ex lege locationis sive conductionis (l. 1 pr. de superfic.) verspricht, so meint er nicht etwa, daß ein gültiger Kontrakt zu Grunde liegen müsse, sondern nur, daß er den Umfang des Schutzes nach dem Rechte bemessen wolle, von dem das corpus und der animus des Erwerbsaktes entnommen ist. (neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat.)

Analog aber ist das Verhältniß zwischen vollständigen Besitzer und den Besitzer als Usufruktuar und Usuar geordnet. l. 4 D. uti poss. Auch hier wird nicht das definitive Recht des Usufruktus, sondern nur sein Besitz erfordert (usufructus possessionem.)

Dagegen ist zuzugeben, daß die Römer den sonstigen unvollständigen Besitzern als dem Pächter, Miether, Retentionsberechtigten ein dem interd. uti possid. nachgebildetes Interdikt ausdrücklich nicht gegeben haben. Der vollständige Besitzer kann ihnen gegenüber seine Besitzrechte durch das interdictum uti poss. feststellen lassen, l. 3 § 3 uti poss., ihnen selbst ist aber ein Interdikt zur Feststellung ihrer Befugnisse nicht zugesprochen.

Es scheint aber verfehlt zu sein, wenn man hieraus mit der herrschenden Schule gegen l. 2 § 1 D. pro herede schließt, daß Pächter, Miether, Retentionsberechtigte noch nicht einmal unvollständigen Besitz

haben. Der Grund, weshalb die Römer das interdictum uti possid. diesen Personen verweigert haben, scheint uns vielmehr gerade der zu sein, daß sie den bloßen Besitzschutz durch Eigenmacht und interdictum unde vi für genügend erachteten, und sie es für nicht angezeigt hielten, auch zu Gunsten der unvollständigen Besitzer die Grenzen zwischen vollständigem Besitz und Pacht-, Mieth-, Retentionsbesitz erst in einem vorläufigen Prozesse festzustellen, zumal über dieselben, da sie durch das Gesetz bestimmt vorgeschrieben waren, ein Zweifel so leicht nicht möglich war.

Wir bezweifeln es nicht, daß man auch hier mit dem römischen Rechte, wie wir es auffassen, praktisch auskommen würde, denn auch nach der Auffassung der Römer hat jeder unvollständige Besitzer ein gegen die Eigenmacht geschütztes Recht physischer Herrschaft, wir geben aber zu, daß es eine ganz konsequente Weiterbildung des römischen Rechts ist, wenn man jedem unvollständigen Besitzer ein dem interdictum uti possidetis nachgebildetes Interdikt giebt. Die Römer hätten hiergegen wahrscheinlich nicht das geringste theoretische Bedenken gehabt, bei ihnen war nur das praktische Bedürfniß nicht in gleicher Weise, wie bei uns vorhanden.

Auch der unvollständige Besitzer hat das definitive aber relative Recht gegen die Unberechtigten zu behalten, und soweit er mit Bewilligung[14]) des Eigenthümers erworben hat, gebührt ihm im Falle des ungerechtfertigten Verlustes die publiciana, l. 11 § 1. de public.:

> Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum suam quis passus est, aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Ob der Erwerb sich auf corpus und animus oder auf die bloße Ermächtigung des Veräußerers stützt, erscheint jedoch hier unerheblich, da auch das absolute definitive Recht ohne Besitz erworben wird.

Daneben steht die Klage des vollständigen Besitzers.[15])

---

[14]) Die Bewilligung wird stets zu vermuthen sein, wenn die Besitzhandlung offen und ungestört vorgenommen ist. Dagegen kann aber der Gegenbeweis geführt werden.

[15]) Auch dem Auktor des possessor pro alieno wird die publiciana zuzusprechen ein, soweit ihm der Besitz zu Unrecht entzogen wird, also der possessor pro alieno nach Aufhebung seines Besitzrechtes die Herausgabe der Sache zu Unrecht verweigert, oder zu Unrecht an einen Dritten veräußert hat. Es handelt sich ja nicht um ein eigentliches Besitzrecht, sondern um ein Rückforderungsrecht aus zu Unrecht aufgehobenem

Der Besitzer pro alieno und der unvollständige Besitzer usukapiren nicht, weil sie die Sache als eine fremde besitzen, eine andere hier nicht weiter zu erörternde Frage ist aber, wie weit auch ein unvollständiges Recht durch Präskription entstehen kann. Dagegen setzten der auctor des possessor pro alieno und der vollständige Besitzer die Usukapion fort.

Das definitive Recht der unvollständigen Besitzer fängt schon mit dem Besitzverluste zu verjähren an und wird hier nicht erfordert, daß ihnen ein Besitz entgegentritt. Der Grund dieser Abweichung vom Eigenthumsrechte ist der, daß hier immer Jemand von selbst gegeben ist (der Auktor des possessor pro alieno und der vollständige Besitzer), dem das erlöschende Recht zuwächst.

Das Recht zum Usufruktus wird dinglich, wenn dem Berechtigten der Besitz tradirt wird; doch dürfte es hier schon genügen, wenn der Berechtigte nur ermächtigt wird, in den Besitz einzutreten, l. 3 D. de usufructu. Es ist also bereits mit dem Rechte, sich in Besitz zu setzen, das dingliche Recht erlangt.

Jedoch hat selbst der Besitzerwerb nicht stets die Wirkung, das dingliche Recht zu erzeugen. Sie tritt nach römischer Vorstellung nicht ein bei Erlangung des Pacht- oder Miethbesitzes, nach moderner Vorstellung überhaupt nicht bei Erlangung des Immobiliarbesitzes, indem erst die Eintragung das Recht zum dinglichen erhebt.

Rechtsbesitz.

§ 27. Der Besitz der affirmativen Rustikalservituten.

A. Begriff des Rechtsbesitzes im Allgemeinen.

Unter Rechtsbesitz versteht die herrschende Schule Besitz am Rechte; da jedoch dieser Begriff sich praktisch nicht durchführen läßt, wird ihm ein anderer Sinn untergeschoben, der des Besitzes, welcher einem Rechte im Umfange entspricht. Wir haben gesehen, daß in diesem Sinne jeder Besitz, auch der vollständige, ein Rechtsbesitz genannt werden müßte, da er im Umfange dem Eigenthume gleichsteht.

Besitze. Dafür spricht auch die l. 13 § 1 de P. A., in welcher dem Faustpfandgläubiger und Prekaristen die actio publiciana verweigert wird.

l. 1 § 15 D. de poss.:

ad unam enim causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem

spricht nicht dagegen, da es sich um ein Rückforderungsrecht aus zu Unrecht aufgehobenem Besitze handelt. Vielmehr muß, wo Usukapionsbesitz anzunehmen ist, auch die publiciana begründet sein.

Rechtsbesitz ist die garantirte Möglichkeit, nur in bestimmter Beziehung auf ein Grundstück einzuwirken. Sein eigentliches Gebiet ist das der affirmativen Rustikalservituten.

Er ist ein Besitz ohne corpus, ohne die garantirte Möglichkeit, ausschließlich und dauernd in dem Grundstücke zu sein, und deshalb kein wirklicher Besitz.

Die Römer leugnen daher auf dem Gebiete der Rustikalservituten die Möglichkeit des Besitzes überhaupt.

l. 4 § 27 de usurp:

nec de via quis id est de mero jure detruditur, nec possideri intelligitur jus incorporale.

l. 3 pr. de poss.:

Possideri possunt, quae sunt corporalia.

Wirklichen Besitz hat allein der vollständige oder unvollständige Besitzer des belasteten Grundstücks; denn nur er hat das corpus, das Recht, ausschließlich und dauernd in dem Grundstücke zu sein.

Die Natur dieser Servituten ist die, daß sie keinen sicheren und kontinuirlichen Besitz haben, — keinen sicheren, weil er in keiner Beziehung, nicht einmal im corpus ausschließlich ist, keinen kontinuirlichen, weil nur das corpus, nicht die vereinzelten Besitzhandlungen dauernd ausgeübt werden können. In der Ausübung einer Rustikalservitut verzehren sich das corpus und der animus sofort wieder:[1])

quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.[1a])

l. 14 pr. de servit.

Der Rechtsbesitz wird daher nicht durch ein kontinuirliches corpus, sondern lediglich durch das sich mit ihm verbindende definitive oder vorläufige Recht getragen.[2]) Der Rechtsbesitzer hat daher weder das Recht der Gewalt, noch das interdictum unde vi, weil er kein corpus hat.

---

[1]) Der Rechtsbesitz ist daher nicht sowohl ein Recht, Besitz zu haben, als vielmehr das Recht, sich stets wieder in Besitz zu setzen, und daraus resultiren seine Eigenthümlichkeiten.

[1a]) Basil. L. 58 lit. II. 14:

καὶ ὅτι οὐδεὶς αὐτὰς ἀδιακόπιως δύναται νέμεσθαι.

[2]) Randa bemerkt S. 559 Note 1:

„Es bedarf keiner Erwähnung, daß der Besitz eines Rechtes von der wirklichen Existenz des letzteren ebenso unabhängig ist wie der Sachbesitz vom Eigenthume."

Es dürfte aber nicht richtig sein, daß derjenige, der einmal über ein Grundstück gegangen ist, schon dadurch allein die garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft erlangt. Gerade darin liegt u. E. der Unterschied zwischen wirklichem und Rechtsbesitz,

l. 4 § 27 de usurpat.[2]) Die Möglichkeit körperlicher Herrschaft ist dem Rechtsbesitzer nur garantirt durch das definitive Recht und nur ausnahmsweise durch ein dem interdictum uti possidetis nachgebildetes Spezialinterdikt.

Von vielen römischen Juristen wurde daher der Rechtsbesitz überhaupt geleugnet und der Erwerber des Servitutrechtes angewiesen, sich durch Kautionen vorzusehen, daß er im Gebrauche des Servitutrechtes nicht verhindert werde.

Der Grund ist der, daß ein Besitz, der des corpus ermangelt und der Regel nach nur durch Rechtsmittel definitiven Rechts geschützt ist, kein wirklicher Besitz ist.

l. 3 § 2 D. 19. 1:

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes, per te non fieri quominus utar.

l. 20 D. de servit.:

Quoties via, aut aliquid jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset,

Inst. II. 3. § 4, II. 4. § 4.

daß der erstere auch ohne vorläufiges oder definitives Recht auf Grund des corpus geschützt wird, der letztere seinen Schutz nur aus dem vorläufigen oder definitiven Rechte empfängt.

[2]) Randa S. 683 führt aus:

„Bei denjenigen Rechten, die in gewissen, sich wiederholenden Benutzungsakten der fremden Sache bestehen, ist Selbstvertheidigung nur dann vorhanden und daher zur Erhaltung des Besitzes geeignet, wenn der Besitzer bereits auf dem dienstbaren Grundstücke in wirklicher Ausübung des Rechts begriffen ist" ... Das praktische Bedürfniß dürfte aber für unsre Auffassung sprechen. Das Recht der Gewalt zwischen wirklichem Besitzer und dem Rechtsbesitzer muß in bestimmter Weise geordnet werden, und dies geht u. E. nur so, daß man dem Rechtsbesitzer das Recht der gewaltsamen Durchsetzung seines Rechts gegen den wirklichen Besitzer überhaupt nicht giebt. In welchem Momente soll man auch annehmen, daß Jemand in der aktuellen Ausübung des Rechts begriffen ist, da sich corpus und animus in der Ausübung sofort verzehrt. — Giebt man aber das Recht der Gewalt gegen die Gewalt dem Rechtsbesitzer einer Rustikalservitut überhaupt, so kann man es ihm doch nur so weit geben, als er definitiv berechtigt ist, oder ein Spezialinterdikt durchgeführt hat. Recht der Gewalt und definitives oder vorläufiges Recht würden sich auch dann decken. — Der vollständige Besitzer hat gegen den Prätendenten eines Rechtsbesitzes das Recht der Gewalt; dasselbe ist nur soweit ausgeschlossen, als derselbe ein definitives Recht hat, oder ein Spezialinterdikt von ihm durchgeführt ist. Das interdictum unde vi des vollständigen Besitzers ist stets begründet, wenn der Rechtsbesitzer oder Prätendent eines Rechtsbesitzes ihn dejizirt; das interdictum uti possidetis des vollständigen Besitzers kann nur durch die Anstellung des Spezialinterdikts abgewendet werden.

Dennoch erscheint es konsequenter, das Recht eigenmächtiger Einwirkung des Servitutberechtigten als Rechtsbesitz anzuerkennen, da ihm die Möglichkeit körperlicher Herrschaft durch die Klage des definitiven Rechts und ausnahmsweise durch das Interdikt garantirt wird.

> Ego puto, usum ejus pro juris traditione accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Hiernach giebt es einen definitiv und einen vorläufig geschützten Rechtsbegriff, Begriffe, die auseinander gehalten werden müssen.

B. Erwerb und Verlust des definitiven Rechtsbesitzes.

Der definitive Rechtsbesitz, die durch die actio confessoria garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft wird erworben durch die Verbindung des corpus und des definitiven Rechts. Der Begriff des corpus ist hier in dem Sinne der ersten Besitzhandlung zu nehmen; einer besonderen Hervorhebung des animus bedarf es nicht, da der animus, soweit er überhaupt nothwendig ist, schon im Erwerbsakte des definitiven Rechtes liegt. Sicher wird also Rechtsbesitz erworben, wenn der Berechtigte gemäß der Ermächtigung des Eigenthümers den Rechtsbesitz ausübt.

Im Falle der Tradition braucht der vollständige Besitzer nur beim Grundstücke zu erklären,[4]) daß es dem Erwerber frei stehe, sofort über

---

[4]) Die Ausführungen Randa's S. 520 Note 1 können wir nur für richtig halten, wenn Besitz und Interdiktenrecht, definitiver und vorläufiger Rechtsbesitz identisch gesetzt werden. S. 600 sagt er ferner:

> „Wenn also z. B. der Eigenthümer des dienenden Grundstücks mit demjenigen, dem er das Weiderecht oder eine Wegegerechtigkeit eingeräumt hat, das dienende Grundstück betritt, ihm den Weideplatz oder Weg zeigt, oder wenn er demselben den Schlüssel zu den verschließbaren Wegeschranken übergiebt, so ist damit noch nicht der Besitz jener Servituten erworben."

Aber mit diesen Handlungen kann die patientia des wirklichen Besitzers erklärt sein und der Erwerber eine Besitzhandlung ausgeübt haben, und es ist nicht einzusehen, weshalb der Erwerber des Weide- oder Wegerechts das Recht eigenmächtiger Einwirkung nicht haben sollte.

Eine andere Frage ist freilich, ob schon das Interdikt begründet ist.

Besitz kann allerdings nur erworben werden, wenn auch der Erwerber seinerseits eine Besitzhandlung ausübt (abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz den Besitzerwerb vermittelt), aber auch hier muß der Spaziergang zum Grundstück für genügend erachtet werden. Sonst liegt in der patientia des Eigenthümers nur eine Ermächtigung, den Besitz zu ergreifen, welche nicht den Besitz selbst, sondern nur das Recht erzeugt, sich in Besitz zu setzen. Da nun aber auch der definitive Rechtsbesitz, soweit die Erfordernisse des Spezialinterdikts nicht vorliegen, nur durch die actio confessoria geschützt wird, die bloße Ermächtigung, sich in den Besitz zu setzen, auch schon das dingliche Recht erzeugt, wird es klar, weshalb die Römer den Erwerb des Besitzrechtes und des Rechtes, sich in den Besitz zu setzen, nicht mehr streng geschieden haben.

das Grundstück zu gehen, und an dem Erwerbe des definitiven Rechtsbesitzes kann kein Zweifel sein, da das Recht der eigenmächtigen Einwirkung realiter eingeräumt ist. Die Römer erklären ausdrücklich, daß die patientia genügend sei.

l. 1 § 2 D. de serv. praed. urb.:

Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris,

l. 11 § 1 D. de P. A.:

item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Freilich handelt es sich hier nur um einen Rechtsbesitz, der sich eines vorläufigen Schutzes durch das Interdikt nicht erfreut.

Ja, der Rechtsbesitz kann durch bloße gesetzliche Bestimmung erworben werden, wenn das Gesetz mit einem äußerlichen Zustand seinen Erwerb verknüpft. Derjenige, dem eine s. g. Legalservitut zusteht, braucht nicht um Erlaubniß zu fragen, ob ihm ihre Ausübung gestattet wird, er vermag sie ohne Weiteres auszuüben. Das corpus liegt schon in dem äußeren Zustande.

Da der definitive Rechtsbesitz nur mit dem definitiven Rechte erworben wird, kann er nach der Regel des Paulus (l. 153 D. de R. J.) erst verloren werden, wenn das definitive Recht aufgehoben ist, oder ein Dritter einen entgegenstehenden Besitz erwirbt. Corpus und animus schwinden schon nach jeder Ausübung, und danach würde der Rechtsbesitz sofort zu Grunde gehen, wenn er nicht getragen würde durch das definitive Recht. Daher geht abgesehen von den übrigen Arten der Aufhebung des Servitutrechts der definitive Rechtsbesitz in der That erst zu Grunde durch die Verjährung. Bis dahin kann das Servitutrecht, so lange nicht ein entgegenstehender Besitz erworben wird, ohne Weiteres ausgeübt werden. Die so scharf angegriffenen Bestimmungen der modernen Gesetzbücher:

§ 308 b. G.B.:

„Durch den bloßen Nichtgebrauch geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren",

§ 130 I. 7 A.L.R.:

„Uebrigens wird der einmal erlangte Besitz eines Rechts durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren",

enthalten einen durch und durch gesunden, dem römischen Rechte entsprechenden Kern.[5]) Nur müßte man sich hüten, wie dies Gesetzgebung

[5]) Randa sagt S. 644:

„Ein Rückschluß von der Erlöschung des Rechts auf den Verlust des Besitzes

und Theorie thun, den wirklichen aber unvollständigen Besitz und den Rechtsbesitz zu verwechseln. Es ist ja nur natürlich, daß der Rechtsbesitzer noch im letzten Momente der Verjährungszeit sein Recht eigenmächtig ausüben kann, daß er nicht zurückgedrängt ist auf das Klagerecht, und darauf kommt es hier lediglich an.[6])

Der definitive Rechtsbesitz wird ferner verloren durch den Erwerb eines entgegenstehenden Besitzes Seitens eines Dritten; nicht, wie die herrschende Schule dies formulirt, erst durch die Unmöglichkeit der Ausübung. Ein verjährtes Recht, ein Recht, dessen Ausübung der wirkliche Besitzer oder ein Dritter verhindert hat, kann immer noch ausgeübt werden, und danach gäbe es überhaupt keinen Verlust des Rechtsbesitzes. Der Rechtsbesitz wird dann verloren, wenn der vollständige Besitzer mich im Gebrauche hindert und ich mich dabei beruhige, infolge der Durchführung des interdictum uti poss., oder der Errichtung hindernder Anlagen. Denn damit erwirbt der vollständige Besitzer die Freiheit seines Besitzes zurück. Demnächst darf der Rechtsbesitzer sein Recht nicht mehr eigenmächtig ausüben, obgleich er die actio confessoria und unter Umständen das Spezialinterdikt behält. Sein unmittelbares Recht verwandelt sich in ein Rückforderungsrecht, und das Spezialinterdikt nähert sich in diesem Falle der Natur eines rekuperatorischen Interdikts. Es genügt nicht die bloße Protestation,[7]) auch nicht die bloße Verhinderung[8]) des Rechtsbesitzers, sondern die Verhinderung muß sich als Rückerwerb

---

wäre ebenso unzulässig, als der Schluß vom Erwerbe des Rechtes auf den des Besitzes."

Aber der definitive Rechtsbesitz wird eben nur durch den Gebrauch eines wirklich existenten Rechts erworben, und daher verschwindet er auch erst mit dem unmittelbaren Rechte, es sei denn, daß ihm feindlicher Besitz entgegentritt.

[6]) Man könnte hiernach meinen, daß der Rechtsbesitz günstiger behandelt würde, als der wirkliche Besitz. Diese Meinung wäre jedoch ein Irrthum. Beim wirklichen Besitz handelt es sich darum, festzustellen, wie lange er auch ohne definitives Recht geschützt wird, und deshalb wird gelehrt, daß er corpore et animo verloren geht, auch wenn ein Dritter die Sache nicht okkupirt. Beim Rechtsbesitze giebt es, abgesehen vom Spezialinterdikt, einen derartigen Schutz überhaupt nicht.

[7]) So auch Randa S. 660. Nur ist der angegebene Grund, daß die Protestation die Ausübung des Rechts nicht unmöglich mache, nicht zu billigen. Wenn auch die Thatsache an sich richtig ist, so liegt doch der Grund darin, daß durch die Protestation noch nicht ein entgegenstehender Besitz erworben wird.

[8]) Die l. 3 § 5 D. de itinere, l. 1 § 26 D. de aqua quot. stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Sie sprechen von der Störung, nicht von der Aufhebung des Rechtsbesitzes. Es wäre ja auch wunderbar, wenn jede beliebige von einem Dritten ausgehende Störung den Rechtsbesitz vernichten könnte.

des freien Besitzes oder eines entgegenstehenden Besitzes nach corpus und animus darstellen.

Selbstverständlich ist es endlich, daß definitiver und vorläufiger Rechtsbesitz durch die absolute Unmöglichkeit seiner Ausübung vernichtet wird.

C. Begriff, Erwerb und Verlust des vorläufig geschützten Rechtsbesitzes.

Vorläufig geschützter Rechtsbesitz ist die durch das Spezialinterdikt geschützte Möglichkeit, bestimmte Besitzhandlungen auszuüben. Wir müssen zunächst noch einmal darauf hinweisen, daß man den definitiv geschützten und den vorläufig geschützten Rechtsbesitz nicht verwechseln darf. Definitiver Rechtsbesitz kann erworben sein, ohne daß darum schon das Interdikt begründet wäre, das Interdikt kann verloren sein, trotzdem der definitive Rechtsbesitz noch besteht. Diese Verwechselung scheint uns folgender Äußerung Randa's zu Grunde zu liegen. S. 654:

> „Selbst also, wenn am letzten Tage vor Ablauf der letzteren (der Verjährungsfrist) eine Störung vorgefallen wäre, kann der Gestörte (sonderbarer Weise) mit der am selben Tage angebrachten Klage um Schutz im Besitze ansuchen, ohne daß ihm eingewendet werden kann, daß er außer dem vor (z. B. nahe zu dreißig) Jahren vorgenommenen ersten Ausübungsakte keinen weiteren Rechtsgebrauch gemacht habe."

Es wird hier offenbar aus der Fortdauer des definitiv geschützten Rechtsbesitzes auf die Fortdauer des vorläufigen Rechtsbesitzes geschlossen. Randa muß aber selbst anerkennen, daß dies eine unnatürliche Gestaltung des Besitzverhältnisses sei, in der That liegt auch dieser Behauptung nichts zu Grunde, als die überhaupt unnatürliche Auffassung Savigny's, daß definitiver Rechtsbesitz und Interdikt identisch seien. Zwar kann der Rechtsbesitzer bis zur Verjährung seines Rechts unmittelbar auf die Sache einwirken, ein Interdikt hat er aber deshalb noch nicht.

Die Römer haben es sehr wohl erkannt, daß es unmöglich sei, das Interdikt auf den definitiven Rechtsbesitz zu stellen[9]), sie gründen dasselbe auf die in bestimmter Zeit ausgeübten Besitzhandlungen (den usus). Sie

[9]) So sagt schon Donellus:

> eaque interdicta proposita non sunt possidendi, sed ei, qui hoc anno usus est.

Es ist dies nicht, wie Randa S. 529 ausführt, ein überwundener historischer Standpunkt, sondern in diesem Satze liegt das Wesen der Spezialinterdikte und ihres Verhältnisses zum definitiven Rechtsbesitze. In den Satzungen des kanonischen Rechts können wir daher nicht eine konsequente Ausführung unausgebildeter römischer Rechtsgedanken erblicken, sondern nur eine doktrinäre Vermischung aller besonders auszubildenden Rechtsinstitute.

sprechen es direkt aus, daß ihre Spezialinterdikte abgesehen von einzelnen Ausnahmen ohne Recht und definitiven Rechtsbesitz begründet seien:

l. 1 § 4 de itinere actuque privato:

Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare, vel iter, vel actum in usu habuisse.

l. 3 § 13 eodem:

Hoc autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt, hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi doceat.

Nur das Interdikt aus l. 3 § 11 eodem ist auf den definitiven Rechtsbesitz gegründet:

nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet (l. 7 eodem)

(conf. l. 1 § 10 de aqua, l. 1 § 9 de rivis, l. 1 § 7 de cloacis et c. l. 2 § 3 si servit. vind.)

Auch im Umfange unterscheiden sich der definitiv und der vorläufig geschützte Rechtsbesitz. Der Umfang des definitiven Rechtsbesitzes ist der des Rechts selbst, in diesem Umfange wird er durch die Tradition erworben, das dem Rechtsbesitze entsprechende vorläufige Recht (Interdikt) wird aber begrenzt durch die Ausübung allein. l. 1 § 5 de itinere actoque privat:

Julianus ait, quoad usque ingressus est, eo usque ei interdictum competere; quod verum est.

Es handelt sich hier um ein vorläufiges Recht, welches keinen bestimmten und ununterbrochenen Gebrauch gestattet, kein corpus hat, und deshalb kann der Umfang des vorläufigen Rechts nicht anders bestimmt werden, als durch die Ausübung, insbesondere was die räumliche Ausdehnung betrifft. Nur hier trifft die Ausführung Randa's zu, daß der Besitz von Rechten (der vorläufige geschützte Rechtsbesitz) nur in jener Gestaltung und unter jenen Beschränkungen und Modifikationen erworben werde, in welcher und unter welchen sie thatsächlich ausgeübt sind, und daß er nur auf die nothwendig in ihm enthaltenen Nebenbefugnisse zu erstrecken ist, es kann aber als richtig nicht zugegeben werden einmal, daß definitiver Rechtsbesitz und vorläufiges Recht identisch gesetzt werden, zweitens, daß die aufgestellten Grundsätze ohne Weiters auf die quasi possessio der Römer und das ihr entsprechende vorläufige Recht übertragen werden.

Das vorläufige Recht muß der Regel nach auf eine fortgesetzte wenn auch unterbrochene Ausübung gehen, denn es ist ein Widerspruch, daß derjenige aus der einmaligen Ausübung für die Zukunft geschützt sein will, dessen Recht sich durch die einmalige Ausübung verzehrt. Dagegen ist

der definitive Rechtsbeſitz auch desjenigen anzuerkennen, dem nur die Vornahme einer oder mehrerer Beſitzhandlungen geſtattet iſt. Daher ſind die Römer ganz logiſch verfahren, indem ſie den Weg der Spezialinterdikte betreten haben, ſie erreichten dadurch ſogar noch den Vortheil, daß ſie ſich dem praktiſchen Bedürfniſſe in jedem einzelnen Falle anſchmiegen konnten. Auch für die Gegenwart iſt aber der den römiſchen Geſetzen zu Grunde liegende Gedanke keineswegs beſeitigt, auch jetzt muß es eine Grenze geben, über die hinaus ein vorläufiges auf den usus geſtelltes Recht nicht mehr konſtruirt wird, die äußerſte Grenze eines derartigen Generalinterdikts iſt aber für die Gegenwart u. E. im folgenden Satze zu finden:

> Das vorläufige Recht muß nach corpus und animus des Erwerbsaktes einem Gebrauchsrechte an einem Grundſtücke entſprechen, das eine fortgeſetzte, wenn auch nicht ausſchließliche oder ununterbrochene Ausübung geſtattet. [10])

Der Erwerb des vorläufig geſchützten Rechtsbeſitzes iſt bedingt durch das Zuſammentreffen von corpus und Interdikt, oder durch den Erwerb des letzteren allein, da auch das Interdikt der Regel nach vom corpus abhängig iſt.

Das vorläufige Recht wird aber erworben durch den usus, nicht durch den Uſus eines wirklich exiſtenten Rechts; für das vorläufige Recht kommt es, abgeſehen von den ſonſtigen Erforderniſſen des Interdikts, nur auf das corpus und den bloßen animus des Erwerbsaktes an, auf welchen der definitive Rechtsbeſitz beruht. [11]) Da ferner die Beſitzhandlung nach corpus und animus durch die Ausübung ſich verzehrt, indem der Ausübende für die Zwiſchenzeit weder ſelbſt auf das Grundſtück einwirken, noch andere abwehren will, ſo wird der vorläufige Rechtsbeſitz getragen durch die Fortdauer des Interdiktenrechts, ebenſo wie der definitive Rechtsbeſitz durch die Fortdauer des definitiven Rechts getragen wird. Es iſt daher nothwendig, daß poſitiv eine Zeit

---

[10]) Dieſe äußerſte Grenze braucht aber der Geſetzgeber keineswegs inne zu halten, ſie beſtimmt nur, wie weit er mit dem Generalinterdikt gehen kann. Es läßt ſich ſehr wohl als Regel aufſtellen, daß das vorläufige Gebrauchsrecht nach corpus und animus des Erwerbes einem Rechte entſprechen muß, deſſen Unzerſtörbarkeit die Geſetze gewährleiſten (einem dinglichen Rechte). Die Theorie erkennt wohl allgemein an, daß de lege ferenda eine zu weite Ausdehnung des Beſitzes (des vorläufigen Rechts) zu ſcheuen ſei.

[11]) Das corpus, wenn auch nicht der animus des vorläufigen Rechts iſt derſelbe wie der des Rechtsbeſitzes. Ein direkt verbotener, z. B. gegen eine Forſtordnung laufender usus iſt als corpus keines Rechts denkbar. Daher ſind u. E. die Erkenntniſſe des Pr. Ob.Tr. bei Rönne zu den §§ 146. 147. 150 αα ββ gerechtfertigt.

vorgeschrieben wird, auf welche der das Interdikt begründende usus seine Wirkung erstrecken soll. Es giebt kaum eine Bestimmung, welche dem modernen Gesetzgeber dringender zu empfehlen sein dürfte, als die römische, daß der usus das vorläufige Recht nur auf ein Jahr erzeuge. Der aus der gemeinrechtlichen Praxis zu entnehmende Grundsatz, daß der einmalige usus auf die ganze Verjährungszeit wirke, ist, wie allgemein anerkannt wird, de lege ferenda [12]) unbrauchbar; auch ist er theoretisch unrichtig, weil ihm eine Verwechselung des definitiven Rechtsbesitzes mit dem Interdikt, des definitiven mit dem vorläufigen Rechte zu Grunde liegt. Da die gemeinrechtliche Praxis für die vorläufigen, fortgesetzten, aber unterbrochenen Gebrauchsrechte keine Zeit bestimmt, hätte sie konsequenter Weise dahin kommen müssen, das vorläufige Recht ganz zu leugnen, da sich corpus und animus in der Ausübung verzehren. Viel richtiger, abgesehen von seiner viel zu allgemeinen Fassung, verordnet der § 154 I. 7 A.L.R.:

> „Von vorstehenden Befugnissen kann nur derjenige Gebrauch machen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen Besitze befunden habe, [13])

denn hieraus kann man schließen, daß der usus der Klage nicht allzu lange Zeit vorhergegangen sein müsse. Die Zeit seiner Wirkung ist somit dem richterlichen Ermessen überlassen, und so interpretirt steht der § 154 a. a. O. ganz auf römischer Grundlage.

Dabei ist es vom rein theoretischen Standpunkte betrachtet unerheblich, ob man einen mehrmaligen Gebrauch verlangt, oder nur einen einmaligen. Die Praxis des gemeinen Rechts hat sich in fester Rechtsanwendung dahin entschieden, daß in allen Fällen des auf den usus gestellten Generalinterdikts die einmalige Ausübung genüge, [14]) während die Römer mehr dem praktischen Bedürfnisse des einzelnen Falles Rechnung getragen haben. Schließlich kann man von dem usus ganz ab-

[12]) Randa S. 655 Note 8.

[13]) Zu tadeln ist nach römischer Auffassung an dieser Bestimmung auch, daß ein usus vor der Entsetzung oder Störung verlangt wird, da die erfolgte Entsetzung oder Störung gar nicht Bedingung des Spezialinterdiktes ist, sondern in derselben nur die Veranlassung zu finden ist, es anzustellen. Es ist hier dieselbe Auffassung zur Geltung zu bringen, wie wir sie in der Lehre vom interdictum uti poss. aufgestellt haben.

[14]) Randa S. 584 sub 3: „Ein allgemein giltiger Grundsatz ist, daß zur Erwerbung des Besitzes eines Rechts (des vorläufigen Rechts) schon dessen einmalige Ausübung genügt."

sehen und für Ausnahmefälle selbstständig ein Interdikt konstruiren, dessen Bedingungen dann besonders zu regeln sind. [15])

Der zum Erwerbe des Interdikts erforderliche Wille braucht nicht auf das definitive Recht gerichtet zu sein, und auch hier dürfte es ein logischer Widerspruch sein, von der beabsichtigten Ausübung eines Rechts zu sprechen, während das Bewußtsein des Unrechts in dem Ausübenden vorhanden sein kann. Der Wille braucht naturgemäß nur auf das unvollkommene Recht zu gehen, [16]) d. h. der Ausübende muß beabsichtigen, die Besitzhandlung entweder durch Eigenmacht, oder durch Interdikt, oder durch Klage auch gegen Widerspruch durchzusetzen, ob er dies nach Rechtsgründen darf oder nicht, ob er sich des Rechts oder Unrechts bewußt ist, ist an sich gleichgiltig. Die Römer sprechen bei den Interdikten nicht von der Ausübung des Rechts, sondern von einer Ausübung wie der eines Rechts, tanquam id suo jure faceret, quasi debita via, quasi fundo deberetur, l. 7, l. 1 § 11 de itinere, l. 22 D. quemadmadum servit. amitt. 8. 6, was sie nach unserer Auffassung des Besitzes und des vorläufigen Rechts um so eher konnten, weil sie doch immer Rechte, wenn auch nur unvollkommene sind. Celsus interpretirt aber den Ausdruck ganz in unsrem Sinne, l. 7 de itinere:

> Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus [17]) ....

Selbstverständlich ist es freilich, daß für den das vorläufige Recht begründenden Usus positiv noch besondere Bedingungen vorgeschrieben sein können, wie z. B. der gute Glaube, l. 1 § 10 de aqua quot.:

> Sed et si jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se

---

[15]) Neben das Generalinterdikt würden dann noch Spezialinterdikte treten. So setzt z. B. das Interdikt über die Reinigung und Wiederherstellung der Kloaken eine früher stattgefundene Reinigung und Reparatur nicht voraus, ebensowenig das interdictum de reficiendo itinere. Das letztere ist allerdings vom definitiven Rechte abhängig gemacht und hat neben der actio confessoria kaum noch irgend welche praktische Bedeutung. In diesen Fällen wird ein Interdikt ohne Besitz gegeben.

[16]) Savigny sagt S. 480:

> „Die Handlung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, muß irgend einmal ausgeübt sein und zwar als ein Recht ausgeübt sein."

Dieser Behauptung dürfte nur insofern beizutreten sein, als der den definitiven Rechtsbesitz und das Interdikt begründende usus derselbe ist, der das letztere begründende animus aber weniger Voraussetzungen hat.

[17]) Die Behauptung Hoffmann's, Quasibesitz sei anzunehmen, auch wenn die Servitut in der Absicht geübt werde, die Ausübung im Verhinderungsfalle zu unterlassen, widerspricht dem Fragmente direkt. (Randa S. 564 Note 6a.)

putavit, quum non in jure, sed in facto erravit .... § 19 § 39 eodem [18]),

und andrerseits läßt sich nicht verkennen, daß für denjenigen, der ohne Rechtsbewußtsein über ein Feld läuft, in der Regel [19]) die thatsächliche Annahme ausgeschlossen sein wird, daß er die Besitzhandlungen auch gegen Widerspruch wiederholen wolle. Daher erklärt sich der Ausspruch des Paulus, der den guten Glauben als die Vorbedingung jedes usus aufzufassen scheint. l. 25 D. quemadmod. serv. amitt. 8. 6:

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

Auch ist zu berücksichtigen, daß Paulus die publizianische Klage mit im Auge gehabt hat, die den guten Glauben stets voraussetzte.

Der prekaristische Gebrauch ist auch ein wirklicher Gebrauch, da man ihn gegen Jeden mit Ausnahme des precario rogatus durchzusetzen beabsichtigt.

Der Wille muß sich auf die dem definitiven Rechtsbesitze entsprechende Besitzhandlung richten, der Gebrauch als vollständiger oder unvollständiger Besitzer begründet das Spezialinterdikt nicht. Randa führt dies gegen den Plenarbeschluß des preuß. Obertribunals vom 13. Juni 1854 zwar ebenfalls aus, seine Gründe sind jedoch u. E. nicht überzeugend und widerlegen die Motivirung des preuß. Obertribunals nicht. Er behauptet nämlich S. 566, daß der Wille, die Sache als eigen zu haben, den Willen sie als fremde blos in gewisser Beziehung zu benutzen, also den Willen, eine Servitut oder ein anderes jus in re aliena daran auszuüben, nothwendig ausschließe. Aber darin dürfte der bekämpfte Plenarbeschluß wohl Recht haben, daß wer eine Sache in jeder Beziehnng beherrschen will, sie auch in der einzelnen Beziehung zu beherrschen beabsichtigt, daß der Eigenthümer und der vollständige Besitzer auch gebrauchen, gehen, reiten, fahren, Wasser fahren u. s. w. können, daß der Rechtsbesitz ein abgelöster Bestandtheil des Eigenthumsbesitzes ist, was aber der Plenarbeschluß übersieht, ist die im Ausspruche des Ulpian (l. 5 pr. si ususfr. pet. 7. 6) niedergelegte Rechtswahrheit, daß Eigenthümer und vollständige

---

[18]) Randa S. 573 Note 17 erblickt hierin nur eine ungenaue Ausdrucksweise der Quellen.

[19]) Wenn aber z. B. der Ausübende dem Eigenthümer ausdrücklich erklärt, daß er den usus bis zur Durchführung der Negatorienklage fortsetzen werde, so mag er sich immerhin im Bewußtsein seines Unrechts befinden, ein usus wird doch anzunehmen sein.

Beſitzer die einzelnen Befugniſſe nicht noch als beſondere[20]) Rechte haben, und daß ſie ihnen gerade, weil ſie im vollſtändigen Rechte enthalten ſind, zugleich auch aberkannt ſind. Es wäre ja auch wunderbar, wenn man nach Abweiſung mit der Eigenthumsklage oder dem interdictum uti possidetis auf Grund deſſelben Fundaments nach der Reihe den ususfructus, den usus, die habitatio, die Wegegerechtigkeit u. ſ. w. oder jedes vorläufige Recht in Anſpruch nehmen könnte. Da ſich der Inhalt des Eigenthums und des vollſtändigen Beſitzes gar nicht erſchöpfen läßt, würden die Prozeſſe kein Ende finden.

Wenn der Fruktuar die einer Grundgerechtigkeit entſprechenden Beſitzhandlungen auszuüben anfängt, ſo iſt anzunehmen, daß er dies lediglich in ſeinem Intereſſe thut, ſo daß er allein, nicht der Grundſtückseigenthümer das Interdikt[21]) hat.

l. 3 § 4 D. de itinere:

per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere, Julianus ait . . .

Setzt er dagegen die bereits begonnenen Beſitzhandlungen nur fort, ſo iſt anzunehmen, daß er ſie ſowohl für den Grundſtückseigenthümer, wie für ſich ausübe, l. 3 § 4 eodem:

sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur[22]) . . .

§ 5 eodem:

idem Julianus scribit, si meus ususfructus in fundo tuo, proprietas vero tua fuerit, et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere.

Hieraus folgt, daß der Fruktuar ſelbſt in dem Falle das Interdikt hat, wenn es dem Eigenthümer wegen ſeines prekariſtiſchen Gebrauchs nicht zuſteht, l. 1 § 11 eodem:

Quae ratio, inquit, efficit, ut, et si ego viam precario rogavero,

---

[20]) Die Entſcheidungen der Praxis ſind widerſprechend. Seuffert Arch. Bd. 27 Nr. 98, Bd. 22 Nr. 22, Nr. 23 u. ſ. w. Das Reichsgericht hat ſich Entſch. Bd. IV S. 135 der Anſicht des Plenarbeſchluſſes angeſchloſſen. Es handelt ſich in dem gegebenen Falle um die Benutzung eines Kellerraumes. Hierbei dürfte aber zu erwägen ſein, daß thatſächlich anzunehmen iſt, daß der den Keller benutzende ihn in jedem Falle, ſoweit er unter ſeinem Grundſtücke liegt, als Eigenthümer, ſoweit er in das Nachbargrundſtück hineinreicht, als Servitutberechtigter benutzen will, und aus dieſer thatſächlichen Erwägung dürfte die Entſcheidung an ſich gerechtfertigt ſein.

[21]) Die Behauptung Randa's S. 578, nur der Eigenthümer könne eine Realſervitut für ſich ausüben, dürfte nicht ganz richtig ſein. Sie kann auch im Intereſſe der superficies, des ususfructus u. ſ. w. ausgeübt werden.

[22]) conf. Reichsgericht. Gruchot Bd. XXV. Seite 417: „Handlungen des Pächters, welche ſich auf die Erhaltung oder Fortſetzung" u. ſ. w.

et tibi fundum precario dedero, quasi hac mente iveris, quasi fundo meo deberetur, inutile esset interdictum; et precario eo itinere usus esse videar non immerito, non enim opinio tua, sed mea quaerenda est, tu tamen, credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Julianus.

Randa, welcher S. 579 Note 30 diesen Ausspruch des Ulpian als inkonsequent tadelt, und den an sich nicht bedenklichen Satz aufstellt, daß die Ausübung einer Realservitut nicht die einer Personalservitut sei, übersieht wohl, daß der Fruktuar die Besitzhandlungen regelmäßig auch in seinem Interesse, also auch als solche ausübt, die aus seiner persönlichen Berechtigung fließen, und daß der Irrthum, daß es sich um eine auch dem Grundeigenthümer zustehende Berechtigung handle, für den Erwerb des Interdikts wenigstens gleichgültig sein muß.[23])

Die herrschende Schule leugnet auch an dieser Stelle die Sukzession in den Rechtsbesitz und das vorläufige Recht. Randa S. 593 führt aus, daß der Rechtsbesitz sowenig als der Sachbesitz durch Erbgang erworben werden könne, da hierzu ausnahmslos eine Ausübung des bezüglichen Rechts erfordert werde, und in der Note 24 erklärt er die römische Bestimmung, daß bei den Wege- und Wasserservituten die Interdikte auch dem Nachfolger im Besitz des herrschenden Grundstücks gegeben werden (l. 6 de itinere, l. 1 § 37 de aqu. quot., l. 3 § 6—10 de itinere, l. 2 § 3 de interd. 43. 1), für eine bloße Singularität. Die Gesetze machen aber nicht den Eindruck von Ausnahmebestimmungen, und in der That scheint uns die Sache dahin zu liegen: Da der Rechtsbesitz nach seiner Begründung durch corpus und animus, trotzdem dieselben sich in der Ausübung verzehren, getragen wird durch das vorläufige oder definitive Recht, muß eine Sukzession in denselben anerkannt werden. Die l. 23 D. de poss. gilt für den Rechtsbesitz nicht. Daher sukzedirt der Erwerber eines Grundstücks auch in den dem Grundstücke zustehenden Rechtsbesitz, eine Ansicht, die nicht blos, wie auch Randa S. 594 Note 25 zugiebt, praktisch nothwendig, sondern auch theoretisch gerechtfertigt sein dürfte.[24])

Daß die Grundsätze über die Stellvertretung analoge Anwendung finden, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Nur ist folgendes zu bemerken. Wenn man als Geschäftsführer eine Rustikalservitut ausgeübt

---

[23]) Daß der Usufruktuar eine Servitut, die er als dem Grundeigenthümer zustehend ausgeübt hat, nicht ersitzen kann, scheint uns richtig zu sein.

[24]) Freilich ist es richtig, daß wenn der Auktor fehlerhaft ausgeübt hat, der Sukzessor fehlerlos ausüben kann, indem er sich nur auf seine eigene Ausübung stützt.

hat, kann man ſeinen Willen nicht mehr zurücknehmen, da der bloße Geſchäftsführer die Ruſtikalſervitut gar nicht für ſich beſitzen kann.

Die Kenntniß des vollſtändigen Beſitzers vom usus iſt für die Entſtehung des vorläufigen Rechts gleichgiltig. Der Prätor fordert nur das Eine, daß der usus nicht gewaltſam, nicht gegen Verbot, nicht heimlich oder bittweiſe erfolgt ſei. Die auf Grund der l. 2 C. de servit. acq. 3. 34:

> Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti ...

erhobenen Bedenken dürften unbegründet ſein, da ſich dies Geſetz nur auf die Uſukapion oder Präſkription der Servituten bezieht und außerdem ſelbſt in dieſer Beziehung durch die l. ult. C. de praescript. long. tempor. aufgehoben zu ſein ſcheint.[25])

Das Interdikt kann gegen den wirklichen Beſitzer nicht auf die bloße Willenserklärung oder die geſetzliche Beſtimmung gegründet werden. Aus der Ermächtigung zum Gebrauche oder der Legalſervitut fließt noch nicht das vorläufige Recht, und lediglich hierauf iſt die Behauptung der herrſchenden Schule zurückzuführen, daß der Rechtsbeſitz ſo wenig als der Sachbeſitz durch bloßen Vertrag oder Urtheil erworben werden könne.

Abgeſehen vom corpus und animus müſſen die Bedingungen der Spezialinterdikte erfüllt ſein, damit der Rechtsbeſitzer als ſolcher die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrſchaft erlange.

Das vorläufige Recht wie der vorläufige Rechtsbeſitz wird durch die Ausübung in einer beſtimmten Zeit erworben, daher wird es durch das Gegentheil, die Nichtausübung in derſelben Zeit, auch wieder verloren. Corpus und animus haben ſich ſchon in der Ausübung verzehrt, daher bedarf es nach der Regel des Paulus nur noch der Aufhebung des Interdiktenrechts. Erfolgte die Nichtausübung nicht freiwillig, ſondern nur wegen der zeitweiſen Unmöglichkeit der Ausübung, ſo kann das

---

[25]) Nach preußiſchem Rechte herrſcht gemäß des § 81. 103 I. 7 A.L.R. hierüber ebenfalls Streit. Förſter S. 53, Erk. des Pr. Ob.Tr. bei Rönne S. 282. Eine Handlung, welcher der Andere widerſprechen konnte, müßte wohl zu deſſen Kenntniß gelangt ſein.

Die Beſtimmung des A.L.R. dürfte aber prinzipiell nicht zu billigen ſein, und ſo wird ſie von der Praxis in ihrer Wirkung dadurch abgeſchwächt, daß dem Verklagten der Beweis der Nichtkenntniß mehr oder weniger auferlegt wird. Ja in dem Erk. vom 13. Sept. 1866 heißt es:

> „Trifft dies zu, ſo iſt nicht erforderlich, daß der Andere Wiſſenſchaft von den Beſitzhandlungen erlangt hat."

Dieſe Auffaſſung dürfte aber mehr dem praktiſchen römiſchen Rechte, als dem Wortlaute des Landrechts entſprechen.

Interdikt auch auf die frühere Ausübung gegründet werden, l. 1 § 9 D. de itinere:

> Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, quum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte: si qua mihi justa causa videbitur. Sed etsi per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere, Marcellus probat. Praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet.

Durch diesen Ausspruch des Ulpian durfte die Behauptung der herrschenden Schule stark erschüttert werden, daß Besitz und Interdikt durch die Unmöglichkeit der Ausübung vernichtet werden, da trotz der zeitweisen Unmöglichkeit der Ausübung das Interdikt gerade um deshalb erhalten bleibt.[26])

Die bloße Willenserklärung hebt das Spezialinterdikt nicht auf, wie sie ja überhaupt das vorläufige Recht nicht überträgt. Wenn daher Jemand im letzten Jahre die das Interdikt begründenden Besitzhandlungen vorgenommen hat, nachher aber angefangen hat, bittweise zu gebrauchen, so ist das Interdikt trotzdem begründet, l. 1 § 12 D. de itinere:

> Si quis supradicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere usus sit, verum postea non sit usus, sed clam precariove, videndum est, an ei noceat; et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.

Das interdictum wird schon durch die körperliche Ausübung erhalten und nur verloren durch die freiwillige Nichtausübung; so daß es zur Erhaltung des Besitzes schon genügt, wenn der fructuarius, der den Eigenthümer im Verlustwillen überhaupt nicht vertreten kann, die Besitzhandlungen auch nur bittweise fortsetzt, l. 1 § 11 de itinere.

Der durch das Interdikt gedeckte Rechtsbesitz geht ebenfalls verloren, sobald ein entgegenstehender Besitz erworben wird, da dann das unmittelbare Recht verloren geht und sich in ein vorläufiges Rückforderungsrecht verwandelt. Es gilt auch hier das oben vom definitiven Rechtsbesitze Gesagte.

---

[26]) conf. Randa S. 644. Das Aufgeben des Besitzwillens hebt den vorläufigen Rechtsbesitz nicht auf, weil er noch durch das Interdikt getragen wird. Mit dem in jeder Ausübung verschwindenden Willen läßt sich überhaupt nicht operiren. Dagegen muß die rechtsgiltige Aufgabe des definitiven Rechts auch den Verlust des definitiven Rechtsbesitzes herbeiführen.

D. Die Rechtswirkungen des Besitzerwerbes.

Das relative Recht wird durch Tradition und durch die patientia erzeugt, l. 11 § 1 D. de P. A.:

item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam[27]) tuendam constat.

Liegt ein vollgiltiges Veräußerungsgeschäft zu Grunde und der bestellende Besitzer ist nur Nichteigenthümer, so richtet sich die publiciana gegen Besteller und die Unberechtigten, welche nicht Eigenthümer sind, sonst nur gegen Dritte, während gegen den vollständigen Besitzer stets das definitive Recht auszuführen bleibt.

Der Rechtsbesitz erhebt ferner die Servitut zum unzerstörbaren (dinglichen) Rechte,[28]) auch ist die Ermächtigung, in den Besitz einzutreten, hier sicher genügend. Doch dürfte die Behauptung zu weit gehen, daß schon der bloße Vertrag zur Konstituirung der Servitut geeignet sei. Wenn ich in einem Kaufvertrage die Bestellung einer Servitut erst verspreche, erlangt der Gegenpart weder Rechtsbesitz noch ein unzerstörbares Recht. Aber es ist ausreichend, daß der Berechtigte ermächtigt wird, in den Besitz einzutreten, d. h. schon mit dem Rechte, sich in den Besitz zu setzen, tritt die Dinglichkeit des Rechts ein, was beim Eigenthumserwerbe zweifelhaft ist.

Da sich die Besitzhandlung nach corpus und animus sofort wieder verzehrt, folgt, daß für die Ersitzung oder die Präskription der Servituten eine bestimmte Art und Zeit des usus positiv vorgeschrieben sein muß,[29]) und daß die Servitut nach jeder Ausübung zu verjähren anfängt, da ihr ein wirklicher Besitz entgegensteht. Das werdende und

---

[27]) Randa S. 525 Note 19 führt wohl mit Recht aus, daß ein offenkundiger und friedlicher usus an sich nicht genüge, eine Vermuthung dürfte er aber doch begründen.

[28]) Damit ist nicht gesagt, daß alle Gebrauchsrechte, sobald sie durch den Besitz gedeckt werden, als unzerstörbare konstruirt werden müssen. Die Römer haben dies bekanntlich nicht gethan, sondern die Klasse der unzerstörbaren Gebrauchsrechte ist positiv abgegrenzt. Selbst der körperliche aber unvollständige Besitz hat nicht immer die Wirkung, das Recht zum unzerstörbaren und nicht obligatorischen zu erheben, eine Behauptung, die durch den Hinweis auf den Besitz des Pachters und Miethers erwiesen wird.

[29]) Es genügt nicht bloßer Rechtsbesitz, sondern Ausübung des Rechtsbesitzes wird erfordert, und diese muß in der opinio juris erfolgt sein. l. 25 D. 8. 6. Scientia des Eigenthümers wird der Regel nach nicht mehr erfordert. Seuffert Archiv Bd. 21 Nr. 106. Es steht durchaus nichts entgegen, daß die Bedingungen des Erwerbs des Interdiktenrechts anders als die der beginnenden Präskripton geordnet werden.

das gewordene Recht können daher nur durch die Wiederholung des usus erhalten werden. Die Verjährung einer Servitut beginnt, obgleich der Besitz noch durch das definitive Recht oder das Interdikt getragen wird, weil corpus und animus sich in der Ausübung verzehrt haben.[30])

§ 28. Besitz der negativen Servitutrechte.

A. Begriff.

Die negative Servitut enthält das Recht, dem Besitzer eines Grundstücks die Einwirkung auf dasselbe zu verbieten.

Auch bei negativen Servituten ist nur ein Rechtsbesitz denkbar, und zwar ist zu scheiden a) zwischen den Servituten, die sich in dem Zustande des dienenden Grundstücks darstellen (negative Gebäudeservituten) und b) solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Die ersteren haben zwar ein kontinuirliches corpus in dem Zustande des dienenden Gebäudes. Der Rechtsbesitzer einer negativen Gebäudeservitut hat aber nur dann die garantirte Möglichkeit, den Nachbarn zu verhindern, wenn er zugleich das definitive oder vorläufige Recht hat. Der Rechtsbesitz wird getragen durch die Verbindung von Zustand und definitivem oder vorläufigem Rechte. Die Römer haben deshalb zwar einen Besitz negativer Servitutrechte anerkannt, aber nur in Verbindung mit dem Rechte. l. 15 D. de serv. praed. urb. 8. 2:

> quodcunque igitur faciat ad lumininis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur.

Und wenn in der l. 6 § 1 D. si servitus vind. 8. 5, l. 5 § 10 de O. N. N. auch von einem Besitze gesprochen wird, so kann dies kein eigentlicher, sondern nur ein bloßer Rechtsbesitz sein.

> Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petitorem .....

Wirklicher Besitz wird nur dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks zugesprochen, l. 32 § 1 de servit. praed. urb. 8. 3:

> natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.[1])

---

[30]) Unrichtig scheinen daher die Ausführungen Randa's S. 644, daß durch Unterlassung der Ausübung Rechtsbesitz verloren gehe. Derselbe wird vielmehr auch ohne Ausübung durch das Interdikt oder definitive Recht getragen.

[1]) Böcking I. 469 No. 3 bezieht die Worte „qui aedes possidet" auf den Besitzer des herrschenden Grundstücks. Bei dieser Interpretation würde sich aber der römische Jurist direkt widersprechen, indem er zuerst erklärt, daß bei negativen Ser-

Es giebt einen definitiv und einen vorläufig geschützten Rechtsbesitz negativer Gebäudeservituten. Durch actio confessoria und die operis novi nuntiatio wird dem Rechtsbesitzer die Möglichkeit gewährt, den Nachbar an der Veränderung des Zustandes des dienenden Grundstücks zu verhindern. Das Recht der Gewalt wird dem Rechtsbesitze überhaupt nicht zugestanden werden können. Die Gewalt, von welcher die l. 6 § 1 D. 8. 5 spricht (idem et ei lapilli ictu impedierit) scheint nur eine symbolische zu sein. Im Uebrigen liegt die Garantie des definitiven Rechtsbesitzes in der Klage des definitiven Rechts, die des vorläufigen in dem Rechte, vor Fortführung des Baues Kaution zu verlangen, überhaupt in dem Rechte der operis novi nuntiatio. Hieraus ergeben sich die Eigenthümlichkeiten des vorläufigen Rechtsbesitzes negativer Gebäudeservituten.[2])

Wenn der vorläufige Rechtsbesitzer auch die Veränderung des Zustandes durch die Forderung der Kautionsbestellung vorläufig verhindern darf, so kann er doch die Klage des definitiven Rechts nicht erwarten, sondern hat sie selbst anzustellen.

l. 5 § 10 de O.N.N.:

At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria.

l. 6 § 1 D. si servit. 8. 5:

Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem.

Mit Anstellung der operis novi nuntiatio giebt der Rechtsbesitzer sein Besitzrecht auf und macht seinen Gegner insofern zum Besitzer, als dieser Kaution bestellen kann, und nunmehr der Bau vorläufig nicht gehindert werden darf.

l. 1 § 6 de O.N.N.:

In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus.

l. 7 § 2 Quod vi aut clam:

licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit, quum possesssor hoc ipso constituatur.

---

vituten ein Besitz undenkbar sei und er ihn nachher doch annähme. Daß ein ganz unberufener Dritter, der nicht einmal benachbarter Grundeigenthümer ist, nicht besitzt, hätte doch wohl keiner Ausführung bedurft.

[2]) Der Eigenthümer hat gegen den Prätendenten einer negativen Gebäudeservitut das Recht der Gewalt, und findet dasselbe nur seine Grenze in dem definitiven Rechte oder der durchgeführten operis novi nuntiatio des Prätendenten. Das interdictum uti poss. des vollständigen Besitzers kann nur paralysirt werden durch die operis novi nuntiatio des Prätendenten.

l. 8 § 4 de O.N.N.:

> Sciendum sit, facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat (conf. l. 1 § 6 de O.N.N.).

Im direktesten Gegensatze zu der Lehre der herrschenden Schule lehren die Römer, daß wir den Rechtsbesitz einer negativen Servitut durch seine Geltendmachung verlieren.

Die Rechtsverhältnisse liegen beim wirklichen Besitze ganz anders. Der wirkliche Besitzer kann den Bau auf seinem Grund und Boden mit Gewalt verhindern oder durch das interdictum uti possidetis verbieten. Demnächst steht es ihm frei, die Klage des definitiven Rechtes abzuwarten, l. 5 § 10 de O.N.N.:

> Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione.

Der Rechtsbesitzer einer negativen Servitut muß das ausgeübte Recht sofort klagend erweisen, und sein Besitz, wenn auch nicht sein Recht, wird vernichtet durch die Anbietung der Kaution:

> At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus.

Auch das vorläufige Recht, die Aufrechterhaltung des Zustandes zu fordern, steht dem Rechtsbesitzer nur bis zur Stellung der Kaution seitens des Gegners zu. Nur wenn nach Anstellung der operis novi nuntiatio von dem Gegner die Sicherstellung nicht geleistet wird, oder er sich überhaupt nicht vertheidigt (l. 4 § 1 ne vis fiat ei, qui 43. 5):

> poena autem ejus, qui non promittit, vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius . . .

darf der vollständige Besitzer nicht bauen, als bis er selbst die Klage durchgeführt hat. l. 15 D. de O.N.N.

Nach Stellung der Kaution kann nur noch die Klage definitiven Rechts durchgeführt werden, und wird der Zustand nur soweit zurückgeführt und demnächst aufrecht erhalten, als dem Kläger ein definitives Recht zugesprochen wird.

> l. 1 pr. de O.N.N., l. 1 § 16, § 17 eodem, l. 1 pr. § 2, § 3 de remissionibus.

B. Erwerb und Verluſt.

Der definitive Rechtsbeſitz der negativen Servitut wird erworben durch das Zuſammentreffen des Zuſtandes mit dem definitiven Rechte. Das corpus liegt im Zuſtande, der nothwendige Wille im Erwerbsakte des definitiven Rechts.[3]) Da aber Niemand aus dem Zuſtande des dienenden Grundſtücks mit Sicherheit ſchließen kann, daß Jemand Rechtsbeſitz in Anſpruch nimmt, ſo wird auch dieſer Rechtsbeſitz getragen weniger durch das corpus als durch das definitive Recht und ſinkt mit letzterem zuſammen.

Der vorläufige Rechtsbeſitz wird erworben durch das Zuſammentreffen des Zuſtandes und der Bedingungen der operis novi nuntiatio. Er wird daher nach den Bedingungen dieſes Rechtsmittels wieder aufgehoben. Eine Aufhebung des vorläufigen Rechtsbeſitzes durch den bloßen animus, durch Vertrag u. ſ. w. giebt es auch hier nicht, da man trotz eines das definitive Recht aufhebenden Vertrages die operis novi nuntiatio anſtellen kann.

Dagegen wird jeder Rechtsbeſitz definitiver und vorläufiger dadurch beſeitigt, daß ein entgegenſtehender Beſitz erworben wird. Sobald der vollſtändige Beſitzer z. B. höher baut,[4]) iſt der entgegenſtehende Beſitz

---

[3]) Auch der Fruktuar kann ſich das Recht einer negativen Servitut nur für ſeine Perſon und nur auf die Dauer ſeines Nießbrauchs ausbedingen, und ſo wird er dann Rechtsbeſitzer. (Dagegen Randa S. 621 ad 1.)

[4]) Aber nur ſoweit, als der Servitut entgegengehandelt wird.

Randa S. 673.

l. 6 D. de S. P. U.

> ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes altius sublatas habueris.

Wird aber der Höherbau wieder fortgeriſſen, ſo liegen alle Bedingungen des Rechtsbeſitzes wieder vor und Verjährung der Servitut tritt nicht ein. Daher fordert der römiſche Juriſt ausdrücklich:

> si tu per hoc tempus aedes altius sublatas habueris et per constitutum tempus ita habueris.

Auch folgt daſſelbe aus l. 6 § 1 si servit vind., l. 8 § 3 eodem, wo ſtets nur vorausgeſetzt wird, daß Recht und faktiſcher Zuſtand zuſammenfallen. Die Behauptung Randa's S. 673:

> „Iſt die verhindernde Handlung oder Veranſtaltung einmal geſetzt, ſo bedarf es ſelbſtverſtändlich nicht der Wiederholung derſelben und ebenſowenig der fortwährenden Dauer der verhindernden Anlage",

hat ſowohl die Autorität der Quellen wie die praktiſche Nothwendigkeit gegen ſich. Sobald der Zuſtand wieder dem Rechte entſpricht, beſitzt der Berechtigte wieder; er kann ſein Recht der Verhinderung wieder ausüben und verliert daſſelbe nicht durch bloßen Nichtgebrauch.

verloren und dem Berechtigten steht nichts zu als eine Klage des definitiven Rechts auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, l. 6 § 1 si servit. vind. 8. 5:

sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.

Ueber das relative Recht der negativen Servitut dürfte nichts von den allgemeinen Regeln Abweichendes zu bemerken sein.

Die Usukapion oder die Präskription negativer Gebäudeservituten kann wie die Präskription der Rustikalservituten nicht auf den Rechtsbesitz gestellt werden: auf den definitiven Rechtsbesitz schon um deshalb nicht, weil sich dieser bereits mit dem definitiven Rechte verbindet; auf den vorläufigen Rechtsbesitz nicht, weil es unmöglich ist, jeden usukapiren zu lassen, der die Bedingungen der operis novi nuntiatio erfüllt hat. Die Präskription kann vielmehr nur auf die in bestimmter Weise erfolgte Ausübung des Rechtsbesitzes gestellt werden. Hier mag es denn auch richtig sein, daß sich eine derartige thatsächliche Annahme der Ausübung des Verbietungsrechtes begründen läßt aus einem einseitigen Verbote, aus der thatsächlichen Verhinderung des Versuchs einer entgegenstehenden Handlung, aus dem richterlichen Verbote eines entgegenstehenden Versuchs, aus dem auf Bestellung der Servitut gerichteten Vertrage, aus dem günstigen Urtheil in der actio confessoria; die Römer haben aber derartige spezielle Bestimmungen nicht aufgestellt und erscheinen sie auch in der That nur als Interpretationsregeln. Als wesentlich dürfte nur der Umstand zu erachten sein,[a]) daß der Präskribent Rechtsbesitz ausgeübt hat. Daß die Ausübung mit dem Besitzwillen stattfinden muß, ist selbstverständlich.

Das Recht der negativen Gebäudeservitut wird jedenfalls schon in dem Momente dinglich, wo Zustand und Erwerbsakt zusammentreffen.

Die negative Servitut fängt dann zu verjähren an, wenn der Zustand aufgehoben wird. Bei den im vorigen Paragraphen besprochenen affirmativen Servituten verzehrt sich freilich corpus und animus mit jeder Ausübung, und daher beginnt ihre Verjährung sofort; negative Servituten werden aber auch ausgeübt in dem Vorhandensein des Zustandes, und deshalb muß der Gegner auch dieses erst dadurch auf-

---

[a]) Es wird auch das Verbot an den Nutznießer, Pächter und Miether u. s. w., soweit sie den Eigenthümer vertreten, genügen; das Wissen des Eigenthümers ist grundsätzlich unerheblich.

So auch Randa S. 573.

Wo aber guter Glaube erfordert wird, wird zu erwägen sein, daß man nur infolge Rechtsirrthums den Erwerb einer Servitut von dem Nutznießer u. s. w. annehmen kann.

heben, daß er die rechtlich verbotene Handlung vornimmt, l. 6 D. de servit. praed. urb.:

> Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat ... ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. [6])

Hierdurch wird die allgemeine Regel, daß Servituten bereits durch Nichtgebrauch erlöschen, nicht beseitigt; der Gebrauch liegt bereits in dem Vorhandensein des Zustandes und hört erst mit diesem auf.

Der Rechtsbesitz sonstiger negativer Servituten besteht in der garantirten Möglichkeit, eine nicht den Zustand des Grundstücks verändernde Besitzhandlung zu hindern. Ein Recht der Gewalt wird bei ihm überhaupt nicht anzuerkennen sein. Auch giebt es beim Mangel des Interdikts oder eines ähnlichen Rechtsmittels keinen vorläufig geschützten Rechtsbesitz. Der einzige Schutz desselben liegt in der actio confessoria.

---

§ 29. Der Rechtsbesitz der superfiziarischen Servitut.

A. Begriff.

Auch bei Anlagen auf fremdem Grund und Boden, dem imissum, protectum, aquaeductus, stillicidium u. s. w. wird nur ein Rechtsbesitz angenommen, l. 15 § 2 D. de precario:

> Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta.

Der Rechtsbesitz der superfiziarischen Servitut ist die garantirte Möglichkeit, eine Anlage zu haben, zu benutzen, wiederherzustellen. Ihr corpus besteht in der Anlage und in der Ausübung. Die letztere kann allerdings nur eine vorübergehende sein, während der Besitz durch die dauernde Anlage getragen wird, l. 20 D. de servit. praed. urb.:

---

[6]) Auch hier muß man von der Frage nach dem Besitzverluste die Frage, ob der Usukapionsbesitz interpellirt ist, scheiden. Die Interpellation der Usukapion tritt mit der Veränderung des Zustandes ein und ihre Wirksamkeit wird nicht mit Aufhebung der Veränderung beseitigt (conf. die Abweichung hinsichtlich des Rechtsbesitzes Nr. 4). Auch die bloße Protestation gegen den Präskribenten läßt sich als Interpellation des Usukapionsbesitzes auffassen, und dies wird sich sogar hier als nothwendig erweisen, da man von dem Besitzer des Grundstücks, gegen welchen die Servitut in Anspruch genommen wird, unmöglich verlangen kann, daß er sofort höher baue.

> Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet, et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquid utor et sic quasi facto quodam possideo. [1])

Der superfiziarische Rechtsbesitz ist also dem körperlichen Besitze, der sich mit dem Rechte verbindet, ausschließlich in dem Grundstücke zu sein, am nächsten verwandt; aber er enthält doch nicht das volle corpus und bleibt ein Rechtsbesitz, während wirklicher Besitz dem Besitzer des dienenden Grundstücks zugeschrieben wird, l. 2 C. de servit. 3. 34. Es wird nur geschützt, soweit sich mit dem corpus das definitive oder vorläufige Recht verbindet. [2]) Das Recht strafloser Gewalt kann man dem Rechtsbesitzer nur soweit zusprechen, als er definitiv berechtigt ist, [3]) aber wohl überhaupt nicht, soweit es sich um Wiederherstellung der Anlage handelt, l. 14 si servitus.

Aus diesen allgemeinen Betrachtungen erklären sich die Eigenthümlichkeiten des superfiziarischen Rechtsbesitzes.

B. Erwerb und Verlust.

Der definitive Rechtsbesitz wird erworben durch das Zusammentreffen von corpus (der Anlage) und des definitiven Rechts. Es ist anzunehmen, daß der definitive Rechtsbesitzer die Anlage mit Gewalt vertheidigen darf, auch hat er eine Schadensersatzklage, wenn sie zerstört wird und eine actio confessoria. Der derartige Besitz geht schon mit dem definitiven Rechte verloren.

Der vorläufige Rechtsbesitz [4]) einer superfiziarischen Servitut, die

---

[1]) Das Recht zu benutzen und wiederherzustellen wird nach den über die affirmativen Servituten aufgestellten Grundsätzen beurtheilt. Hier handelt es sich im Wesentlichen nur um das Recht, die Anlage zu haben.

[2]) Conf. auch l. 3 § 5 Uti possid., wo von beiden Prozeßgegnern behauptet wird, daß sie besitzen. Der superfiziarische Rechtsbesitz ist jedenfalls kein ausschließlicher, indem selbst der eingelegte Balken auch den Zwecken des belasteten Grundstücks dient.

[3]) Der Eigenthümer hat gegen den Prätendenten eines superfiziarischen Rechtsbesitzes das Recht der Gewalt; dasselbe ist nur soweit beschränkt, als dem Prätendenten das definitive Recht zusteht. Das interdictum uti poss. prallt allerdings ab, weil es überhaupt nicht gebraucht werden kann, um eine Anlage zu beseitigen.

[4]) Das Recht zu bauen und wiederherzustellen wird wohl nur durch das definitive Recht geschützt. Selbst die darauf bezüglichen Interdikte werden nur aus dem definitiven Rechte gegeben. l. 3 § 11 D. de itinere 43. 29, und nur ausnahmsweise aus dem vorläufigen Rechte. l. 1 pr. de rivis.

Anlage zu haben, wird durch das Zusammentreffen von Anlage und vorläufigem Rechte erworben. Das Recht der Gewalt wird dem vorläufigen Rechtsbesitzer ohne Weiteres überhaupt nicht zuzusprechen sein, eine zu Unrecht erbaute Anlage wird er auch nicht mit Gewalt vertheidigen dürfen. Sicher aber hat er der Regel nach keine Schadensersatzklage, wenn er nicht definitiv berechtigt ist. l. 29 § 1 D. ad leg. Acq. 9. 2. l. 21 D. de aqua 39. 3. l. 1 § 23 D. de aqua quotid. 43. 20.

Hiervon macht nur das protectum eine Ausnahme, weil man es zugleich mit dem herrschenden Grundstücke besitzt. Dasselbe wird man mit Gewalt vertheidigen dürfen, und aus seiner Zerstörung erlangt man selbst dann eine Schadensersatzklage, wenn man das definitive Recht nicht hat. l. 29 § 1 ad legem Acquil. 9. 2.

Eines besonderen interdictum retinendae poss. bedarf der vorläufige Rechtsbesitzer einer superfiziarischen Servitut nicht,[5]) da sein Rechtsbesitz ohne Weiteres aus der Anlage erhellt, jedenfalls haftet er nicht dem interdictum uti poss. des vollständigen Besitzers, indem dies ihm gegenüber inutil ist. l. 3 § 5 D. Uti poss.

Der vorläufige Rechtsbesitz wird aufgehoben durch das mit der Anlage fortfallende vorläufige Recht.

Jeder Rechtsbesitz wird aber verloren dadurch, daß der Eigenthümer den freien Besitz zurückerwirbt, also dann, wenn er z. B. die Oeffnung, aus der das tignum entnommen ist, zugemauert hat, l. 6 D. de S. Pr. U.:

> Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet.[6])

---

[5]) Dies gilt allerdings nur, soweit die Anlage in Frage steht. Dagegen werden hinsichtlich des usus Spezialinterdikte gegeben.

[6]) Der vorläufige Rechtsbesitz wird schon mit dem Wegfall der Anlage verloren, weil die Wiederherstellung mit dem interdictum uti possid. verbeten werden kann, der definitive Rechtsbesitz, die Anlage wiederherzustellen, aber erst mit der Zumaurung. Das unmittelbare Recht, wiederherzustellen, unterliegt überhaupt den Regeln des Rechtsbesitzes affirmativer Rustikalservituten, und daher wird es überhaupt erst verloren mit dem Verluste des Rechts oder dem Erwerbe eines ihm direkt entgegenstehenden Besitzes. Solange aber der Nachbar die Oeffnung bestehen läßt, hat er einen entgegenstehenden Besitz noch nicht erworben.

C. Wirkungen des Besitzerwerbes und Besitzverlustes.

Auch der vorläufige Rechtsbesitzer einer superfiziarischen Servitut kann, weil er dem interdictum uti poss. nicht haftet, die Klage des definitiven Rechts Seitens des Gegners erwarten, was sich, wie wir gesehen haben, bei den negativen Servituten anders verhält. l. 8 § 3 si serv. vind. 8. 5:

> Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

Man mag daher annehmen, daß es ein besonderes interdictum de superficie gegeben hat,[7]) daß wenigstens insofern dem interdictum uti possid. des vollständigen Besitzers siegreich entgegengesetzt werden konnte, als er die Anlage bis zum Ausgange des Prozesses mit seinen Angriffen verschonen mußte. Jedenfalls giebt es ein auf den usus gestelltes Interdikt. l. 1 § 27 D. de aqua 43. 20:

> Labeo putat, per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat, fodiat, serat, succidat, putet, aedificet, qua ex re ea aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur, vitietur, corrumpatur, deterior fiat. (conf. l. 3 § 5. 6. 7 uti possid.)

Es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß auch das werdende Recht der superfiziarischen Servitut anzuerkennen ist. Die Usukapion ist auch hier auf die Ausübung des Rechtsbesitzes gestellt, die Herstellung der Anlage und das demnächstige Haben derselben.[8])

Die Servitut fängt an zu verjähren nicht schon, wenn die Anlage selbst beseitigt ist, sondern erst dann, wenn die für sie bestimmten Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstücke ebenfalls beseitigt sind. Bis

---

[7]) Donellus leugnet die Existenz superfiziarischer Interdikte, weil das Vorhandensein der Anlage zugegeben werden müsse und ohne Weiteres feststehe. lib. XV cap. XXXIV.

> § 1. Qua confessione judicium, eoque et interdictum tollitur, nullae enim sunt partes judicandi in confitentes.

Einen erheblichen praktischen Unterschied macht es nicht, ob man die Existenz des Spezialinterdikts annimmt oder nicht.

[8]) Bei denjenigen Servituten, welche theils in dem Rechte einer Anlage, theils in dem Rechte des Gebrauchs bestehen, ist es zweifelhaft, ob die Usukapion mit der Errichtung der Anlage oder dem usus beginnt. Man kann wohl annehmen mit der Anlage, vorausgesetzt, daß gebraucht wird. Dafür spricht die l. 10 pr. D. si serv. vind., in der Anlage und usus erwähnt werden.

dahin wird sie in gewisser Beziehung immer noch ausgeübt.[9]) l. 6 in fine de servit. praed. Durch diese Bestimmung wird aber die allgemeine Regel, daß Servituten durch Nichtgebrauch verjähren, nur scheinbar aufgehoben. In dem auch nur theilweisen Bestehen des Zustandes liegt stets ein Gebrauch.[10]) Daher kommt denn auch die vorsichtige Ausdrucksweise von Gaius in der l. 6 D. de servit. praed. urb.:

> Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum cento tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat.[11])

§ 30. Die unrichtigen Uebertragungen des Besitzbegriffes.

A. Der Besitz und das Forderungsrecht.

Wir berühren noch zum Schlusse die unrichtigen Übertragungen des Besitzbegriffes, von denen das römische Recht, dessen Betrachtung uns hier allein obliegt, vollständig frei ist.

Für Forderungsrechte, mögen sie radizirt sein oder nicht, mögen sie eine dauernde Ausübung gestatten oder nicht, ist die Annahme eines Besitzes ausgeschlossen. Es ist vollständig gleichgültig, ob man die Forderungsrechte als Rechte an Sachen und dem belasteten Grundstücke bezw. dem belasteten Vermögen auffaßt, oder als Rechte an dem Willen der obligirten Person, stets fehlt ihnen der Charakter des unmittelbaren Rechts an der Sache. Bei Forderungsrechten und Obligationen ist ein Recht der körperlichen Einwirkung gar nicht zu denken.[1])

---

[9]) Ob ein aquaeductus bei bestehenden Anlagen wegen bloßen Nichtgebrauchs verjährt, erscheint zweifelhaft. Man wird es anzunehmen haben, da der usus doch die Hauptsache ist. (conf. auch Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 9.)

[10]) Nicht ganz korrekt wird daher in den Entscheidungen (z. B. Seuffert Arch. Bd. 27 Nr. 9) ausgeführt, daß die usucapio libertatis absolut nothwendig sei.

[11]) Es bleibt ja auch das unmittelbare Recht wiederherzustellen bestehen, bis der Zustand vom Nachbar geändert ist.

[1]) Richtig führt u. E. Randa S. 685 aus, daß eine Selbstvertheidigung im Besitz der Reallasten, so weit es sich um das Verhältniß zu dem Verpflichteten handelt, regelmäßig undenkbar sei. Aus seinen Deduktionen dürfte aber auch folgen, daß es einen Besitz von Reallasten überhaupt nicht giebt, denn auch gegen Dritte vertheidigt man mit Gewalt nicht die Einwirkung auf die Sache, sondern die Ausübung eines Forderungsrechtes.

Daher wurde von mittelalterlichen Juristen nicht Besitz, sondern nur ein besitzähnlicher status percipiendi anerkannt (Randa S. 484). Es ist natürlich, daß die Gegenwart wieder von Besitz spricht, weil sie Besitz und Interdikt identisch setzt.

Noch weniger erheblich ist der Umstand, daß eine gewaltsame Störung des Rechts gedacht werden könne, denn die Ausübung jeden Rechts, soweit es durch Gesetze garantirt werden muß, kann eben gestört werden.

Dagegen ist es keine Frage, daß sich ein vorläufiges Forderungsrecht konstruiren läßt. Der Gesetzgeber hat weiter nichts zu thun, als seine Bedingungen zu bestimmen, und diesen Weg sind die Römer gegangen, indem sie die Erfordernisse des interdictum adipiscendae possessionis positiv feststellten.

Der Umstand, ob eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Verletzung möglich sei, hat auf die Konstruktion des vorläufigen Forderungsrechtes nicht den geringsten Einfluß[2]), einmal weil jedes Recht durch Gewalt verletzt werden kann, und zweitens weil das interdictum adipiscendae possessionis noch niemals eine geschehene Gewalt zur Voraussetzung gehabt hat.

Ebensowenig hat die Behauptung etwas für sich, daß nur bei radizirten oder solchen Rechten, welche eine dauernde Ausübung gestatten, ein vorläufiges Forderungsrecht konstruirt werden könne. Auch wenn es sich um ein nicht radizirtes und nicht dauerndes Recht handelt, kann man den Kläger vorläufig in den Besitz einführen, und das definitive Recht ad separatum verweisen. Die herrschende Theorie wird durch den Hinweis auf die römischen interdicta adipiscendae possessionis, die vorläufigen Forderungsrechte aus den einer gewissen Form entsprechenden Testamenten, aus Wechseln, aus qualifizirten Urkunden u. s. w. vollständig widerlegt. Richtig ist nur, daß wenn man das vorläufige Recht auf den usus stellen will, es sich durch denselben nicht verzehren darf, denn dann ist nach dem usus überhaupt nichts mehr vorhanden, was rechtlich geschützt werden könnte.

Anzuerkennen ist, daß vorläufige Rückforderungs- und Forderungsrechte Ausnahmen von der Regel bilden, daß das Objekt des Prozesses der Regel nach das definitive Recht bilde, und daraus folgt der Grundsatz, daß ein vorläufiges Forderungsrecht nur da anzunehmen ist, wo es neben dem definitiven Rechte in den Gesetzen ausdrücklich begründet ist. Es wird gewiß schwer halten, diese Begründung aus der gemeinrechtlichen Praxis festzustellen, und deshalb kann sich u. E. der Gesetzgeber nicht der Aufgabe entziehen, die Bedingungen der vorläufigen Forderungsrechte genau zu bestimmen. Denkbar ist ja eine Bestimmung des Gesetzgebers sehr wohl, daß wer eine Leistung aus den Revenüen eines Grundstücks

---

[2]) Koch S. 111 und das preuß. Obertribunal Entsch. Bd. 10 Nr. 1428 verwerfen aus diesen Grunde die Annahme eines vorläufigen Forderungsrechtes.

oder aus dem Vermögen eines Dritten in der Absicht gezogen hat, sie auch für die Dauer gegen Widerspruch durchzusetzen, damit ein vorläufiges Recht auf Bezug der Leistung erlangt habe, bis ihm das definitive Recht abgesprochen ist.[3]) Es würde dies dann ein interdictum generale adipiscendae possessionis sein, neben welchem dann noch Spezialinterdikte für die nicht dauernden Forderungsrechte zu konstruiren wären.[4])

Das Generalinterdikt müßte aber u. E. den römischen auf den usus gestellten Spezialinterdikten nachgeformt werden. Zunächst wäre also für den usus eine Zeit zu verlangen, denn es wäre unerhört, wenn die

---

[3]) Hiermit wird aber nur die äußerste Grenze bezeichnet, bis zu welcher der Gesetzgeber mit dem interdict generale vorschreiten kann. Es ist möglich,

a) daß allen dauernd wenn auch nicht ununterbrochen ausgeübten Forderungsrechten ein vorläufiges Recht entspricht; dagegen läßt sich positiv verordnen, daß

b) nur dem unzerstörbaren (dinglichen?) Rechte ein vorläufiges Recht entsprechen soll,

c) daß nur dem radizirten oder einer nicht vergänglichen Person auferlegten Recht ein vorläufiges Recht entsprechen soll.

Einer dieser Gedanken zu b oder c liegt zu Grunde, wenn man z. B. den Bezug von Gehalt nicht vorläufig schützt. Möglich ist dies nach dem Satze zu a sehr wohl.

Entsch. von 28. Mai 1644 (Ad not. Walthers S. 617. 619):

„Die Reichung einer jährlichen Pension ist genug zur Probirung des Possesses."
Randa 536 Note 33.

O.A.G. Kassel, Darmstadt nahmen Quasibesitz (vorläufiges Recht) bei Gehaltsbezügen der Kirchen- und Staatsdiener an (Randa S. 558 No. 35.) (Seuffert Arch. Bd. 23 Nr. 32.) Im Allgemeinen läßt sich wohl nicht behaupten, daß die weite Ausdehnung des vorläufigen Rechts ein praktisches Bedürfniß sei.

[4]) Randa sagt S. 539:

„Gewiß ist zunächst soviel, daß bei denjenigen Forderungsrechten, die mit der einmaligen Ausübung erlöschen, ein Besitz nicht denkbar ist."

Da es nun einen Besitz beim Forderungsrechte überhaupt nicht giebt, soll dies heißen, daß das vorläufige Forderungsrecht nur einem derartigen definitiven Forderungsrechte entsprechen kann, welches nicht mit der einmaligen Ausübung erlischt. Aber auch so modifizirt ist diese Behauptung nur richtig für das interdictum generale, welches auf die Ausübung gestellt ist, Spezialinterdikte lassen sich soviel konstruiren, als es für nothwendig oder nützlich erachtet wird. Wenn z. B. ein Gesetzgeber verordnet, daß wer die Zinsen eines Kapitals eine bestimmte Zeit eingezogen hat, Zinsen und Kapital vorläufig fordern könne, so kann man zwar behaupten, daß eine derartige Bestimmung überflüssig sei, nicht aber, daß sie widersinnig sei. Sie würde sogar, was die Zinsen anbetrifft, unter das interd. generale fallen, wenn nur die Bedingung zu a. Note 3 aufgestellt wird.

Wenn Randa S. 553 dagegen bemerkt:

„Die Forderung auf jede Zinsrate ist eine besondere Obligation, und verzehrt sich mit der Leistung des Zinses,"

so verzehrt sich doch auch die Forderung der einzelnen Rentenrate mit der Leistung, und die Fortdauer ist keine nothwendige Bedingung des besonders konstruirten Spezialinterdikts.

vor unendlich langer Zeit erfolgte Ausübung ein vorläufiges Forderungsrecht erzeugen sollte. Wer es in solanger Zeit nicht ausgeübt hat, kann füglich solange warten, bis er das definitive Recht erstritten hat.

Im Allgemeinen läßt sich auch hier nach Analogie der römischen Interdikte nicht behaupten, daß der Wille auf die Ausübung eines Rechts gegangen sein müsse, der Ausübende kann auch das Bewußtsein des Unrechts haben, wenn er nur die Leistung auch gegen Widerspruch durch Interdikt oder Klage durchzusetzen beabsichtigt, opinio juris dürfte an sich nach Analogie des Interdikts nicht zu verlangen sein, doch kann man gewiß nichts dagegen einwenden, wenn der Gesetzgeber nach Maßgabe der l. 1 § 10 de aqua die Ausübung in der Meinung des Rechts und guten Glaubens positiv fordert.

Dagegen halten wir es für prinzipiell unrichtig zu verlangen, daß der Wille des Leistenden dahin gerichtet sein müsse, die Leistung als Ausfluß einer Verbindlichkeit vorzunehmen. Es kann sich ja auch um eine Nichtschuld handeln, und es ist ein Widerspruch, daß eine Nichtschuld als Schuldigkeit geleistet sein soll. Die Meinung des Leistenden dürfte ganz unerheblich sein, und es liegt gewiß kein Grund vor, weshalb derjenige ungünstiger behandelt werden soll, der im guten Glauben, als derjenige, welcher arglistig oder aus Chikane einmal leistet. Auch Randa sagt ja, gleichgültig sei, ob der Leistende der Meinung war, daß auf dem Grundstücke die Reallast wirklich laste, oder ob er nur aus Furcht oder was immer für Beweggründen die Leistung vornahm. Wie aber eine Leistung aus Furcht oder Chikane die Leistung einer Schuldigkeit sein soll, dürfte nicht so ganz klar sein.

U. E. kommt es nur darauf an, daß die Leistung aus den Revenüen des Grundstücks und aus dem Vermögen des in Anspruch genommenen Dritten erfolgt ist, und so kann sie denn auch von Nutznießern, Pächtern, Verwaltern u. s. w. soweit sie den Verpflichteten vertreten, vorgenommen werden. Die Meinung des Leistenden, ja nur die Kenntniß des Besitzers des Grundstücks oder des Vermögens von der Leistung dürfte prinzipiell unerheblich sein.[5])

---

[5]) Das vorläufige Forderungsrecht wird durch die Verweigerung der Leistung Seitens des Verpflichteten gewiß nicht aufgehoben, im diesem Falle soll es sogar erst seine Wirkung äußern. Aber auch hier hat Gesetzgebung und Wissenschaft versucht, die unrichtige Theorie vom Besitzverluste zu übertragen. Das vorläufige Recht (das interdict. generale) kann nur verloren werden, wenn in der bestimmten Zeit keine Ausübung erfolgt ist, und auch hier könnte nach Analogie der auf den usus gestellten Interdikte eine Restitution bewilligt werden, wenn die Einforderung nur wegen Unmöglichkeit nicht erfolgt ist.

Auch eine Präskription eines dauernden Forderungsrechtes läßt sich sicher anordnen, nur müssen seine Grenzen und Bedingungen positiv bestimmt werden.

B. Der Besitz und das Recht an der Person.

Auf dem Gebiete des Familienrechts ist die Annahme von Besitz ausgeschlossen. Es fehlt das Moment der Herrschaft über die Sache. Allerdings ist ein dem Besitze analoges Rechtsverhältniß denkbar und auch von den Römern anerkannt worden. Der Vater, der Ehegatte, der Vormund kann in gewisser Beziehung auf die Persönlichkeit des Kindes, des anderen Ehegatten, des Mündels einwirken. Auch sind sie sogar verpflichtet, von den ihnen unterworfenen Personen jeden Angriff von Außen abzuwehren. Sie haben ein in gewisse Schranken geschlossenes Recht eigenmächtiger Einwirkung und Abwehr in Bezug auf eine Person, welches die Römer freilich nicht Besitz, sondern potestas nennen. Aber diese potestas muß im Rechte begründet sein, d. h. im Familienrechte wird nicht ein Analogon des unvollkommenen Besitzes, sondern nur des vollkommenen Besitzes anerkannt. Demjenigen, der nicht wirklich Vater, Ehemann oder Vormund ist, kann keinerlei Recht an einer anderen Person eingeräumt werden.

Daher haben die Römer die Interdikte des Familienrechts überhaupt nicht aus dem vorläufigen, sondern nur aus dem definitiven Rechte gegeben,

l. 1 § 1 D. de liberis exhib.:
Et ex verbis apparet, ei, cujus in potestate est, hoc interdictum competere.

l. 3 § 1 eodem:
ut ducere quis possit eos, in quos habet jus ductionis.

l. 2 § 2 de interdict:
ut non sit mirum, si, quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habent.[6])

und selbst zu Gunsten des Sklaven, der sich dem liberale judicium unterwerfen wollte, gab der Prätor die Vindizien zu Gunsten der Freiheit. Das moderne Recht ist in diesem Punkte viel rigoroser, indem es selbst interimistisch eine Person der anderen unterwirft.[7])

---

[6]) Eine Art von vorläufigem Rechte erkennt nur die l. 3 § 4 de liberis exhib. hinsichtlich des impubes an.

[7]) c. 13 X de rest. spol.:
prius restitui taliter spoliatam et postea de matrimoniali causa cognosci.
Nach dem Wortlaute kann es nicht zweifelhaft sein, daß hier ein vorläufiges Recht in Rede steht.

Auch ist das Recht der potestas stets ein absolutes und weder relatives Recht, noch Usukapion sind zuzulassen.[8])

Auch bei Rechten auf ein bestimmtes Thun oder Nichtthun einer Person, den Zwangs- und Bannrechten u. s. w. giebt es keinen Besitz, da von einer körperlichen Herrschaft über eine Sache keine Rede sein kann. Es darf Niemand gewaltsam gezwungen werden, seine Waaren von keinem Anderen als von einer bestimmten Person zu entnehmen.[8a]) Höchstens aber könnte man einen Rechtsbesitz anerkennen, so daß die Eigenmacht nur im Falle des definitiven Rechts gestattet wäre. Doch liegt zur Konstruktion eines derartigen Rechtsbesitzes auch nicht die geringste Veranlassung vor, da der Schutz, den die Bannrechte aus dem Klagerecht entnehmen, vollständig ausreicht.

Die Annahme eines vorläufigen Rechts, eine Person zum Thun oder Nichtthun durch Klage zu zwingen, würde die Analogie des römischen Rechts durchaus gegen sich haben;[9]) die Vindizien müssen auch hier immer zu Gunsten der Freiheit gegeben werden. Ein Interdikt, wie jedes vorläufige Recht kann nur auf bestimmte Vorschriften gestützt werden.

Soweit man eine Präskription der Bannrechte anerkennt, werden ihre Bedingungen besonders zu ordnen sein, und u. E. wird die Analogie des römischen usus diuturnus zur Anwendung zu bringen sein.

---

[8]) Die Begründung der Ehe durch usus (Gaius I § 111) ist antiquirt.

[8a]) Die §§ 47 folg. 81 I. 23 A.L.R. gestatten keine gewaltsame Durchsetzung des Mühlenzwanges, der Bau- und Schankgerechtigkeit, sie setzen vielmehr nur auf seine Verletzung eine Strafe, und dies auch wohl nur dann, wenn ein definitives Recht verletzt ist.

[9]) Nach den §§ 6 I 23, 86 87 I 7 A.L.R. ist wohl anzunehmen, daß ein vorläufiges Bannrecht anerkannt ist, denn Besitz steht für vorläufiges Recht. Das Erk. vom 31. Januar 1853 hält das Recht zum Gewerbebetrieb für ein selbstständiges (?) Vermögensrecht, das gewaltsam gestört werden könne, und giebt deshalb das Interdikt.

Druck von Troitzsch & Ostertag in Berlin.

Jaeckel. — Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien.
Gesetz vom 13. Juli 1883.

A. **Textausgabe** mit Einleitung, Parallelstellen, Kostengesetz und Sachregister. Cartonnirt M. 1.—
(Bereits in 4 Abdrücken erschienen.)

B. **Ausgabe mit ausführlichem Kommentar in Anmerkungen** unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Justizgesetze.

Von der Ausgabe mit Kommentar sind gegenwärtig (Anfang September 1883) 2 Lieferungen, Bogen 1—15 enthaltend, erschienen und wird die Schlußlieferung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes den Abnehmern geliefert werden. Preis für das vollständige Werk etwa 9 Mark.

Johow. — Postbuch für Komtoir und Haus. Die wichtigsten Bestimmungen in alphabetischer Reihenfolge für Post- und Telegraphen-Verkehr nebst Porto- und Gebühren-Tarifen, Verzeichniß der Straßen und Plätze Berlins ꝛc. Bearbeitet von Johow, Kaiserl. Post-Direktor. Preis: cart. M. 0,75.

Kohli. — Das Gesetz betr. das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten vom 18. Febr. 1880, mit den darin in Bezug genommenen Bestimmungen der Deutschen Civilprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten und der für das Verfahren gegebenen besonderen Vorschriften. Handausgabe für den praktischen Gebrauch zusammengestellt von Dr. P. Kohli, Amtsrichter. 1883. 120 S. Geh. M. 1,60.

Olshausen. — Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. Justus Olshausen, Richter am königl. Landgericht I zu Berlin. 1883. II. 3. Liefer. (Schluß). XII u. v. S. 977—1244. gr. 8°. Preis: M. 6,—.

——— **Vollständig.** 2 Bände mit 86 Druckbogen. Preis: Geh. M. 25,—. Geb. M. 29,—.

Strützki u. Genzmer. — Leitfaden zum Studium des preußischen Rechts für Kandidaten des Justiz- und Verwaltungsdienstes, insbesondere für Anwärter des Gerichtsschreiberamtes. Bearbeitet von Ed. Strützki, Oberlandesgerichtsrath, und St. Genzmer, Staatsanwalt. 1883. XXVII u. 848 S. gr. 8°. Preis: Geh. M. 13,50. Geb. M. 15,—.

---

v. Wilmowski u. Levy. — Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen herausgegeben von G. v. Wilmowski, Geh Justizrath, Rechtsanwalt beim Landgericht I zu Berlin, und M. Levy, Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin. Dritte verbesserte Auflage. 1883. Liefer. 1—4 (Bogen 1—55). Preis: Geh. M. 16,50. — **Schlußlieferung** mit Register erscheint gegen Ende September cr.

Preis für das vollständige Werk: Geh. ca. M. 24,—. Geb. M. 27,—.

Druck von Troitzsch & Ostertag in Berlin.